

UNIVERSITE DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

LA CLAUSE PÉNALE

THÈSE

soutenue

Devant la Faculté de Droit de l'Université de Paris

pour le

Doctorat en Droit

le 2 décembre 1935 à 14 heures

par

Charles MARUANI

Jury

M. RIPERT, Professeur Président

M. ~~Auguin~~ *Hugueney*

M. ~~Esquirol~~ *Amiaud*

} Membres

IMPRIMERIE DE TUNIS

53, Rue de Besançon

TUNIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550401_0010

UNIVERSITE DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

LA CLAUSE PÉNALE

THÈSE

soutenue

Devant la Faculté de Droit de l'Université de Paris

pour le

Doctorat en Droit

le 2 décembre 1935 à 14 heures

par

Charles MARUANI

Jury

M. RIPERT, Professeur Président

M. AMIAUD, — {

M. ESMEIN, — { Membres

IMPRIMERIE DE TUNIS

53, Rue de Besançon

TUNIS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; les opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PERE

A MA MERE

INTRODUCTION

CONSIDERATIONS GENERALES PLAN DE L'OUVRAGE — TERMINOLOGIE

§ I

Il est d'un usage fréquent, lorsqu'on rédige un contrat, ou même un acte unilatéral comme le testament, de prévoir l'inexécution, la mauvaise exécution ou le retard dans l'exécution des obligations qui en dérivent, et de sanctionner ces divers manquements en imposant au contrevenant le paiement d'une somme d'argent, ou en le privant d'un avantage dont il aurait bénéficié, s'il s'était conformé à ce à quoi il était tenu. Cette petite convention (ou disposition, s'il s'agit d'un testament) subsidiaire, a reçu le nom de clause pénale.

L'institution toujours vivante est cependant vieille comme le monde, si nous osons cette expression familière ; elle répond en effet à un besoin profond du commerce juridique. A de certaines époques, elle était presque le seul moyen de faire naître toutes sortes d'obligations ; à d'autres moments, comme nous le verrons, on y recourait à tout propos : les actes les plus différents, ceux qui concernaient certains intérêts publics aussi bien que ceux qui avaient trait à l'organisation de la famille, contenaient une semblable clause. Mais c'est dans le domaine des contrats privés et des testaments que son usage prévalut et subsiste toujours. Plus particulièrement, les hommes d'affaires, marchands, banquiers l'ont dans tous les temps très largement utilisée. Nous en avons des échos jusque chez des auteurs d'écrits purement littéraires ou dramatiques. Shakespeare ne nous montre-t-il pas

Shylock prêtant trois mille ducats à Antonio et faisant ajouter au contrat que si

- « Tel jour, en tel endroit, vous ne me rendez pas
- « Les sommes, ou la somme en cet acte énoncées,
- « Votre dédit sera, bien pesée, une livre
- « De votre blanche chair, coupée et enlevée
- « Dans tel endroit de votre corps qui me plaira (1).

Sans suivre l'illustre poète anglais dans tous ses développements psychologiques et dramatiques, nous remarquons que si en réalité, le prêteur, par cet ajout au contrat, envisage surtout la vengeance éventuelle qu'il pourra tirer d'un persécuteur, c'est tout naturellement qu'il se sert de la clause pénale, tant elle était usuelle dans la pratique ; certes dans le contrat passé entre Shylock et Antonio, le poète a imaginé que l'objet de cette clause consisterait non dans une prestation de deniers, mais dans celle d'une livre de chair prise dans le corps du marchand de Venise. Cependant Shylock, pour décider son emprunteur à signer une chose aussi énorme, a soin de dire que c'est en matière de jeu, « in a merry sport » qu'il a choisi cette sanction.

Poésie et imagination à part, cette clause nous apparaît dans le drame de Shakespeare comme une véritable peine privée destinée à châtier le débiteur qui a manqué à son engagement.

Cette conception qui fut valable dans l'histoire du droit l'est-elle encore de nos jours ? Question passionnante entre toutes : elle ne concerne pas seulement un chapitre du droit des obligations comme on serait tenté de le croire au premier abord ; elle touche à l'essence même du droit civil envisagé dans sa finalité la plus haute. Ne faut-il voir dans la sanction de ce droit que de simples réparations de dommages ? Ne

(1) Shakespeare, Le Marchand de Venise, Traduction de Mme Lebrun-Sudry (Collection Shakespeare publiée sous la direction de M. A. Koszul), acte 1, scène 3.

doit-on pas au contraire en même temps que réparer, pénaliser ceux qui manquent à leur obligations ?

Pendant longtemps, après la codification napoléonienne, les auteurs n'ont eu qu'une conception purement réparative du droit privé, malgré l'existence de certaines peines édictées par le code civil lui même, notamment celles des articles 792 et 1460 contre les héritiers et la veuve qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession ou d'une communauté. Mais dans une thèse d'une étincelante érudition, parue en 1904 et consacrée à « la renaissance de l'idée de peine privée en droit contemporain », M. Hugueney (2) a fait valoir toute une série d'arguments contre cette conception ; pour lui, il résulte et de nombreuses dispositions éparpillées dans les codes et les lois postérieures et des tendances de la jurisprudence contemporaine que le droit privé délaissant le point de vue purement statique de la réparation prend de plus en plus, par les théories de l'astreinte, de l'intérêt moral (préjudice moral), de la gradation de l'indemnité suivant la faute etc..., un aspect dynamique embrassant à la fois le concept de réparation et celui de peine. C'est à ce problème de la peine privée que se rattacherait donc la question de la clause pénale. M. Hugueney s'est efforcé dans sa thèse de le faire ressortir, en faisant valoir que cette dernière différerait d'une réparation à un triple point de vue, matériel, moral et téléologique.

Mais pour beaucoup d'autres auteurs, elle n'est qu'une évaluation anticipée du dommage éventuel que subira le créancier ; et comme telle, elle ne diffère en rien de l'évaluation arbitrée par les juges. Dommages-intérêts conventionnels et dommages-intérêts judiciaires prenant leur sources les uns dans la volonté des parties, les autres dans le pouvoir des juges, en arriveraient cependant à coïncider presque

(2) Hugueney (Louis), L'idée de peine privée en droit contemporain. Thèse Dijon 1904.

complètement ensemble et, d'autre part, à s'apparenter aux dommages-intérêts légaux que nous rencontrerons à propos des obligations de sommes d'argent.

§ II

Que décider en présence de ces divergences de la doctrine ? Le problème n'est pas aisé à résoudre. Ici encore, comme pour bien d'autres questions, la nécessité de recourir aux précédents historiques pour éclairer notre sujet s'impose d'une façon inéluctable, car la clause pénale n'a pas jailli toute armée du cerveau des rédacteurs du code de 1804, mais est l'œuvre laborieuse des siècles. C'est pourquoi nous nous garderons de suivre le conseil de ce poète contemporain qui prêchait si imprudemment, devant une savante assemblée, l'oubli de l'histoire. Nous aborderons donc notre étude sous l'invocation de Clio, regrettant que les limites d'un ouvrage consacré essentiellement au droit français moderne ne nous permettent pas d'approfondir comme il le mérite le passé de cette institution.

Mais nous ne pouvons pas nous en tenir à l'histoire seule pour une compréhension large et approfondie de la clause pénale ; sans avoir l'intention d'écrire ici un ouvrage de droit comparé, nous ne manquerons pas, chaque fois que cela nous semblera utile, de faire des rapprochements toujours féconds avec des conceptions et des règles de législations étrangères concernant notre matière. Car cette institution qui se retrouve partout n'est pas comprise ni réglementée de la même manière dans les différents droits positifs.

Enfin pour arriver à la définir clairement et distinctement, on ne peut se dispenser d'examiner avec attention de nombreuses autres modalités de l'obligation, ainsi que des contrats et des clauses qui ne laissent pas d'offrir certaines ana-

logies avec elle, à côté de dissemblances caractéristiques qui en font une institution à part.

Nous étudierons ensuite ses effets et quelques-unes de ses applications pratiques, notamment en droit administratif et dans le droit ouvrier qui nous retiendra tout particulièrement. Car de récentes dispositions légales votées par le Parlement pour protéger le salaire ouvrier ont limité la liberté des conventions en ce qui concerne la clause pénale insérée dans les contrats de travail. Ces nouvelles lois nous donneront des indications très intéressantes sur l'orientation du droit contemporain ; elles nous permettront, avec quelques autres dispositions législatives, d'indiquer dans notre conclusion de quelle façon nous envisageons l'avenir de la conception et de la réglementation de la clause pénale en droit français.

§ III

Quelques explications s'imposent, avant d'entrer dans le vif de notre sujet, sur les différents termes ou expressions qui servent à désigner dans la langue du droit et dans celle de la pratique l'institution dont nous entreprenons l'étude dans cet ouvrage. Ces expressions sont assez nombreuses, en effet, et il est bon de préciser les nuances qui les distinguent, d'autant plus que certaines d'entre elles, que l'on devrait éviter, peuvent amener quelque confusion dans l'esprit parce qu'elles servent à désigner aussi, dans l'usage courant, des institutions voisines, mais nettement différentes par leur nature et dans leurs effets.

L'expression la plus usuelle est celle de clause pénale. C'est aussi l'expression technique par excellence, parce qu'il ne peut y avoir aucun doute sur son sens bien précis et sur sa portée, C'est celle dont l'emploi est à recommander et dont on usera le plus fréquemment dans cette étude. On la

trouve presque partout et notamment dans le code civil (art. 1226, 1227, 1229, 1232, 1233.), chez presque tous les auteurs et dans la plupart des décisions de la jurisprudence. Elle désigne d'une façon générale toute la clause que l'on adjoint au contrat, ou à l'acte juridique unilatéral ; et elle comprend à la fois la prévision de l'évènement qui donnera lieu à la commise de la peine et la fixation de cette même peine.

Quelquefois l'on rencontre l'expression plus large **d'obligation avec clause pénale**. On embrasse ainsi le contrat (ou l'acte juridique) principal et la clause pénale accessoire. Sa portée est donc plus étendue que celle de la précédente..

En droit romain, nous verrons que l'on entendait par « stipulatio poenae » d'abord et dans les temps anciens un contrat principal à caractère pénal, et ensuite, à une période plus récente, une clause accessoire correspondant à notre clause pénale actuelle. La traduction, ou plutôt le décalque français **stipulation de peine** se trouve employé dans le sens de clause pénale dans plusieurs ouvrages et même dans le code civil qui porte dans son article 2047 : « On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine... etc ». Ce décalque du latin, s'il est bon de s'en servir quand on étudie le droit romain, n'apporte en droit moderne aucune nuance nouvelle. Pouvant faire éviter des répétitions il n'est utile qu'à la commodité du discours et à rien d'autre.

« Obligation pénale » que l'on trouve souvent chez Pothier et chez d'autres auteurs sert à désigner l'obligation accessoire qui résulte de l'insertion d'une clause pénale dans un acte juridique.

Dans des expressions **comme commise de la peine, ou ouverture de la peine** (qui sont synonymes), ce dernier mot indique d'une façon générale la sanction stipulée en cas de contravention à l'obligation principale ; la plupart du temps,

c'est une somme d'argent dont on fixe forfaitairement et à l'avance le montant.

On ajoute aussi au mot peine des épithètes comme conventionnelle, contractuelle, testamentaire pour indiquer la nature de l'acte principal dans lequel elle est contenue.

Certains auteurs qui ne veulent voir dans cette institution que sa fonction réparatrice emploient de préférence l'expression de **dommages-intérêts conventionnels** pour bien marquer le rôle limité qu'ils lui attribuent.

Dans les règlements d'atelier, des termes comme **amende pénalité** sont substitués au mot peine. Pénalité est aussi en honneur dans les contrats administratifs.

Ajoutons à cette énumération le terme de dédit qui se prend souvent dans le sens de clause pénale et dont l'usage est surtout répandu dans les divers contrats de louage de services et surtout dans celui qu'on appelle « l'engagement théâtral ».

Le dédit, en droit, ne se confond pas avec la clause pénale et nous aurons bien soin de distinguer ces deux modalités de l'obligation ; mais la pratique use indifféremment des deux termes et c'est pourquoi nous avons tenu à signaler le fait, si regrettable qu'il nous paraisse du point de vue d'une terminologie juridique.

PREMIERE PARTIE

La Clause Pénale dans l'Histoire

CHAPITRE PREMIER

COUP D'ŒIL SUR LA GRECE ANCIENNE

Le droit grec, ses difficultés, ses limites **Origine, nature et caractères de la clause pénale.** **Applications**

§ IV

A quelqu'un qui lui demandait de quelle base il fallait partir pour entreprendre des études de Mathématiques, Alain répondait un jour : « Commencez par le grec ». Toute discipline doit en effet remonter au grec, source première de toute connaissance et de toute beauté, fontes aquarum. La science juridique, comme les autres, ne peut que respecter cette règle et il est regrettable de voir combien le droit de l'ancienne Hellade est négligé dans les facultés. Les raisons que l'on peut donner de cette lacune énorme nous paraissent méconnaître totalement le caractère désintéressé que doivent posséder les études universitaires.

Quoi qu'il en soit, il est de fait que l'étude du droit de la Grèce offre infiniment plus de difficultés que celle du droit romain (1). L'insuffisance de nos sources se trouve aggravée par la multiplicité et la diversité des législations auxquelles elles se rapportent. Chaque cité avait ses coutumes et ses lois propres, lesquelles présentaient, certes, de nombreuses analogies avec celles des cités voisines, mais en différaient aussi par maint détail et souvent sur des points importants.

(1) Voir Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne, T. I, pp. XI et ssq.

Qu'on imagine les difficultés qu'il y aurait à étudier « le droit italique », s'il nous fallait au droit romain, ajouter l'ombrien, l'osque et le sabin.

Nous nous limiterons donc, suivant l'exemple de Beauchet, au droit athénien, sans toutefois nous interdire de jeter un coup d'œil sur les législations des autres cités. Le droit athénien pur, limité déjà dans l'espace, l'est encore dans le temps, puisque « entre les réformes de Solon, et la mort de Démosthène, il ne s'est pas écoulé trois siècles » (2). La domination macédonienne, la conquête romaine ensuite ont arrêté et fait dévier l'évolution législative de l'Attique. Nos sources, très restreintes, se composent essentiellement de quelques textes législatifs et des écrits des logographes et des synégores (3).

§. — V

De bonne heure, en Grèce, comme ailleurs, les créanciers ont senti la nécessité de se garantir contre l'insolvabilité, la négligence ou la mauvaise foi de leurs débiteurs. Contre l'insolvabilité, ils inventèrent les sûretés personnelles et réelles ; contre la négligence et la mauvaise foi, on trouva les arrhes la clause exécutoire, la contrainte par corps et la clause pénale (1). Cette dernière institution fut créée à l'imitation des compositions du droit pénal, dont elle n'était en réalité qu'un rameau détaché et qui évoluera de plus en plus, comme nous le verrons dans la suite de cet ouvrage, sur le terrain

(2) Beauchet, *ibid.* p. XI.

(3) Le logographe était un professionnel qui se chargeait moyennant salaire, de composer des discours que les plaideurs inexpérimentés se contentaient de lire ; le synégore était celui qui prêtait gratuitement son concours (au moins en théorie) à l'une des parties. Le plaideur parlait alors, puis avec l'agrément des juges, le synégore prenait la parole.

(1) En Grec τὰ ἐπιτίμια (Démosthène C. Phorm. § 26 : τὰ ἐπιτίμια τῶν συγγραφήν) Cf Dareste, Haussoulier et Reinach p. 204, 1, 127 et p. 208, 1, 155.

du droit civil. Ce qui le prouve, c'est que les peines comminées conventionnellement contre les débiteurs sont, en général, celles que l'on trouve dans le système des compositions légales, la stipulation du double et l'hémionion (une fois et demie le simple).

Cependant, en principe, la fixation de la peine était libre, la volonté des parties n'étant limitée par aucune prohibition. On pouvait même adjoindre une clause pénale exorbitante à un prêt de somme d'argent, car le taux de l'intérêt était libre à Athènes et le délit d'usure n'existait pas.

En fait, dans la pratique des affaires, ainsi qu'on peut s'en rendre compte par les inscriptions qui nous restent et les plaidoyers des logographes, les créanciers ne se privaient pas de stipuler des clauses pénales qui nous paraissent énormes et ce, afin d'inspirer une crainte salutaire au débiteur négligent ou malhonnête.

Cette élévation du montant de la peine vient encore accentuer le caractère pénal qu'elle tirait déjà de ses origines. Il est bien évident que dans la plupart des cas, la somme prévue à titre de peine, dépassait largement le préjudice subi. Aussi est-il étonnant de rencontrer sous la plume d'un écrivain comme Beauchet l'opinion que la clause pénale en droit grec « ne constitue qu'une fixation anticipée et à forfait des dommages-intérêts dûs à raison de l'inexécution de l'obligation » (2).

Et par ses origines, et par son élément matériel (taux de la peine), et par son but qui était plutôt de châtier un coupable que de réparer un mal, on peut dire, au contraire, que dans le droit de l'ancienne Grèce, cette institution se rattachait sans aucun doute au droit pénal.

(2) Beauchet, T. IV, p. 436- Secrétan, Etude sur la clause pénale en droit suisse Thèse : « Mais quand nous lisons que la peine était fixée au double ou à une fois et demie la valeur de la chose, nous concevons quelque crainte que Beauchet n'ait vu la Grèce - au moins sur cette question - à travers Pothier et n'ait négligé le caractère pénal ».

La clause pénale était toujours adjointe à un contrat principal ; son caractère était essentiellement accessoire. On peut se demander si la nullité de l'obligation principale n'entraînait pas par voie de conséquence la sienne propre. Nous ne possédons pas de texte pouvant confirmer ou infirmer cette manière de voir ; mais la logique nous commanderait de répondre affirmativement (3).

De même il est probable que, comme en droit français moderne (art. 1227), la nullité de la clause pénale n'entraînait point celle de l'obligation principale.

Une dernière question doit être posée concernant le caractère de la clause pénale : celle-ci est-elle, en droit grec, une obligation conditionnelle ? Il semble bien que oui, dit Beauchet (4) ; et cela résulte de ce que, dans les obligations à terme, le retard est imputable au débiteur, sans que celui-ci ait été au préalable interpellé par le créancier, lorsqu'il a été stipulé une clause pénale (5). Donc pas de mise en demeure.

Ce caractère conditionnel que nous avons induit de l'inutilité d'une interpellation pour constituer le débiteur en demeure, nous conduirait logiquement à affirmer que la *theoû bia* (6), la force majeure, ne libère pas le débiteur, contrairement à son effet ordinaire. Toutefois, ici encore, nous ne pouvons, faute de textes, rien affirmer de précis. Le contraire pourrait aussi bien être soutenu, en partant de l'idée que la clause pénale que nous étudions a un caractère essentiellement pénal, et qu'il est tout naturel que l'absence de faute que révèle la force majeure, libère le débiteur. Le problème se pose ici de savoir si la forme conditionnelle de l'obligation l'emportera sur le fond de son caractère pénal, lequel consiste à châtier la négligence ou la mauvaise foi.

En cas d'inexécution de l'obligation principale, le juge con-

(3) Beauchet penche pour l'affirmative (T. IV, p. 436).

(4) Beauchet T. IV, p. 402.

(5) Nous retrouverons le problème en droit romain.

(6) « Vis major » quam Graeci *theoû bïa* appellant, Beauchet, p. 408.

damnait, à Athènes, à la peine et « ad ipsam rem ». Il n'y avait donc pas de substitution de la peine à l'obligation principale, ni ce que les jurisconsultes romains appelleront plus tard une « quasi-novatio ». La règle du cumul s'appliquait rigoureusement (7), ce qui prouve une fois de plus le caractère pénal de notre clause en droit grec.

§ VI

La clause pénale était adjointe à de très nombreux contrats et actes juridiques du droit privé et même du droit public. Les peines comminées contre ce que nous appellerions aujourd'hui les personnes du droit public étaient tout aussi sévères que celles qui l'étaient à l'égard des simples particuliers. Ainsi dans un contrat de prêt passé entre la ville d'Arkésiné (1) et un banquier du nom d'Alexandros, il est dit qu'à défaut de paiement des intérêts à l'échéance, les trésoriers de la ville seront tenus de les payer au double, et pourront être poursuivis par toutes les voies d'exécution, *kathaper dikên ôphlêkotes*.

La stipulation du double soit des intérêts, soit du capital se trouve très fréquemment insérée dans les contrats de prêts entre simples particuliers (2). De même « une clause pénale pouvait être stipulée contre le créancier qui refuserait de recevoir le paiement après l'échéance de la dette (3).

Le prêt à la grosse, très en usage dans une ville maritime comme Athènes, s'accompagnait la plupart du temps de sti-

(7) Il pouvait toutefois en être autrement suivant les circonstances et lorsque la clause pénale était très élevée, on peut admettre, par interprétation de la volonté des parties que cette clause se trouve entièrement substituée aux autres obligations du débiteur. Beauchet IV, pp. 435-436.

(1) Beauchet IV, pp. 431-432-cf Lécivain, peine et stipulation du double et de l'hémion en droit grec p. 309. - Voir aussi inscriptions juridiques grecques n° 15, A. B. C.

(2) Beauchet, IV, p. 431.

(3) Beauchet, IV, p. 503.

pulations pénales. « Ainsi pour un contrat de prêt sur un vaisseau pour un voyage d'Athènes en Egypte, aller et retour, il y a une clause pénale du double pour le cas où le navire ne serait pas ramené directement à Athènes (4) ». « La clause du double figure souvent aussi dans les contrats de louage, surtout d'immeubles qui appartiennent aux temples, aux dèmes, aux phratries, aux corporations (5) ». Ainsi, dans la fameuse inscription d'Héraclée (6), qui contient les baux des biens de Dyonisos et d'Athéna Polias, à Héraclée, les fermiers qui ne fournissent pas de cautions solvables ou qui ne paient pas le fermage de la manière prescrite sont déchus de leurs droits : ils doivent un fermage double pour l'année courante indépendamment d'autres indemnités. A Athènes, dans un bail passé par les administrateurs d'une association (7), le fermier qui ne paie pas le fermage aux termes fixés ou qui ne fait pas les réparations nécessaires doit payer le double et évacuer sans jugement (8).

Un emploi très intéressant de la clause pénale se trouve dans les concessions de travaux publics. Il y avait là des stipulations que nos modernes administrateurs n'ont fait que reprendre, sans s'en douter peut-être. Ainsi, « dans certains cas, l'entrepreneur est tenu de terminer les travaux dans un délai fixé. En cas de retard, il doit payer une amende et le reste est remis en adjudication (9) ». « Dans le contrat relatif aux réparations d'un temple à Labadens, si l'entrepreneur

(4) Démostène, 56, 20 cité par Lécivain p. 309 : voir aussi un exemple de pénalité pour défaut de chargement des marchandises convenues, Démosthène, c. Dionysod. 38.

(5) Lécivain, p. 310.

(6) Inscriptions juridiques grecques n. 12, titre 1, 108.

(7) Inscriptions n. 13 Ter. 1, 17-20.

(8) Caillemer, Le contrat de louage en droit grec, p. 270 : « l'inscription de Munychie nous offre dans le même ordre d'idées, un exemple de clause pénale à joindre à ceux que nous connaissons déjà (voy. notre étude sur les papyrus grecs du Louvre et de la Bibliothèque Impériale 1867, p. 24). Si le preneur ne se conforme pas aux obligations qui lui sont imposées, il devra payer le double et quitter les objets loués, sans pouvoir former aucune réclamation ».

(9) Beauchet, IV p. 215.

gâte une pièce de l'édifice et refuse de la remplacer, on fait faire le travail par un autre adjudicataire et l'entrepreneur paie l'hémolion » (10).

En dehors des contrats, la peine du double peut être établie par un testament contre les exécuteurs testamentaires. A Corcyre, une donation testamentaire faite en faveur des artistes dyonisiques édicte une série d'amendes du double, quelquefois augmentées d'une amende fixe contre les exécuteurs testamentaires négligents (11).

Les applications de la clause pénale étaient donc en droit grec fréquentes et nombreuses. Il nous faut noter aussi que les peines prévues étaient très élevées. Elles s'adoucissaient cependant avec le temps. Primitivement, c'était surtout les « stipulationes dupli » que l'on rencontrait dans les actes. Puis l'hémolion (une fois et demie le simple) remplaça presque partout les stipulations du double. Peut-être, si le droit athénien avait évolué normalement et sans subir la domination des demi-barbares macédoniens et des barbares romains, serait-il arrivé à l'idée de la clause pénale réparative, comme il advint pour d'autres législations.

Mais les conquêtes figèrent ses éléments originels et lui imposèrent une direction qu'il n'aurait probablement pas suivie, s'il avait évolué selon son génie propre.

On trouve encore, au Bas-Empire, quelques échos de la stipulatio dupli et de l'hémolion, dans les constitutions impériales (12) et les canons des premiers conciles (13).

(10) Lécivain, p. 313.

(11) Beauchet, IV, p. 433.

(12) Dig. 19,1,13 26 ; 22, 1, 9 pr.

(13) XVIIe canon du concile de Nicée, édictant la prohibition de l'hémolion.

CHAPITRE II

LE DROIT ROMAIN

Les deux formes de la « stipulatio poenae » — Son rôle et ses différentes applications dans l'évolution du droit romain Ses effets

§ VII

Pendant tout le cours du droit romain, de la loi des XII Tables à la codification justinienne, une institution, la « stipulatio poenae », a joué un rôle dont on ne saurait trop exagérer l'importance.

La « stipulatio poenae » se rencontre dans les textes sous deux formes différentes, d'antiquité probablement inégale et offrant entre elles certaines dissemblances.

Elle nous apparaît en premier lieu sous l'aspect d'un contrat principal conditionnel : « Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes ? » (si tu ne me transfères pas la propriété de Pamphile, promets-tu de me donner cent ?).

La deuxième forme, plus développée s'analyse en un petit contrat, conditionnel également, mais accessoire, une sorte de pactum adjectum : « Pamphilum dari spondes ? si non dederis, centum dare spondes ? ? » (promets-tu de me donner Pamphile ? si tu ne le donnes pas, promets-tu de me donner cent ?).

Ces différences concernant la forme ont pu faire douter certains auteurs qu'il s'agit de la même institution. Maynz

(1) notamment n'hésite pas à affirmer que les Romains auraient sans doute mieux fait de créer deux termes différents pour ces deux applications de la stipulation. Mais l'histoire ne se refait pas et nous ne savons pas si les Romains auraient écouté le conseil de l'éminent professeur belge. Toujours est-il qu'ils ont englobé sous la même dénomination le contrat conditionnel principal et la clause accessoire.

A cela nous pensons qu'il y a des raisons profondes qui se découvrent lorsqu'on va au fond des choses, qu'on essaye de dégager les raisons d'être de cette institution et le but poursuivi par les hommes qui l'ont adoptée.

A l'origine, la stipulatio poenae se rattachait, comme en droit grec, au système général des compositions pécuniaires avec cette particularité que la peine destinée à punir le débiteur défaillant, était prévue et fixée par les parties elles-mêmes et non par la coutume ou par un arbitre. Savigny l'a définie très justement « une petite disposition pénale fondée sur la volonté privée » (2). Il s'agissait de faire pression sur le débiteur par la menace d'une peine, et en cas de défaillance de le punir.

Mais le rôle de la stipulatio poenae, dans sa première forme, a été plus étendu encore au commencement de l'histoire du droit romain. En même temps qu'instrument de peine la technique juridique en fit un ingénieux mécanisme pour valider certaines conventions inefficaces par elles-mêmes et pour réaliser certains droits en justice. C'était d'ailleurs une nécessité que les rigueurs du formalisme primitif imposaient aux contractants et aux plaideurs. Mais même après que son caractère de nécessité eut disparu, qu'on eut trouvé d'autres moyens, moins détournés, plus simples, de valider ces conventions et de faire valoir ces droits, elle n'en

(1) Maynz, cours de droit romain, p. 258, note 1.

(2) Savigny, Le droit des obligations, II, p. 421.

conserva pas moins une grande utilité (3) et une grande faveur dans la pratique.

§. — VIII

L'on sait que primitivement les conventions ayant pour objet autre chose que de l'argent (1), celles particulièrement qui avaient en vue un fait, une abstention ou le transfert d'un corps certain, sans être illicites et tout en étant sans doute moralement obligatoires, ne comportaient cependant aucun effet sur le terrain juridique. Seuls les accords portant sur des sommes d'argent se trouvaient sanctionnés par la loi. Aussi l'idée vint-elle probablement vite, lorsqu'on voulait stipuler un fait, par exemple, d'en faire une évaluation en argent. Le débiteur promettait tant de sesterces, s'il n'exécutait pas la prestation convenue. C'était là une des plus anciennes applications de la clause pénale et l'on se rend compte aisément de l'importance qu'elle avait dans la pratique, puisque sans elle, les relations juridiques eussent été insignifiantes à Rome.

D'autres conventions, même portant sur des sommes d'argent n'avaient pas par elles-mêmes force obligatoire parce qu'il leur manquait un élément essentiel de validité.

En droit romain, l'une des conditions de validité ou plus exactement d'efficacité du contrat est que « l'objet doit consister dans une prestation à fournir au créancier et non pas à un tiers, par le débiteur et non par un tiers ». (2). Autrement dit les stipulations et les promesses pour autrui sont nulles.

Les stipulations pour autrui sont nulles en ce sens qu'elles

(3) Justinien recommande encore l'emploi de la stipulatio poenae pour les obligations de faire ou de ne pas faire afin d'éviter les contestations sur l'évaluation du préjudice (Inst. 3, 15, De v. O, 7).

(1) Girard, Manuel p. 684.

(2) Girard p. 473.

ne font pas naître d'action au profit du tiers, et qu'elles n'en font pas naître au profit du stipulant. C'est pourquoi de bonne heure, la pratique a cherché à tourner ce principe gênant ; et elle a trouvé dans d'autres institutions du droit civil le moyen de réaliser indirectement ce qu'on ne pouvait pas obtenir directement. Par « l'adjectio solutionis gratia », par l'emploi de la stipulation « cum moriar », par la donation « sub modo », par d'autres moyens encore, elle réussit plus ou moins bien à rendre efficace à l'égard des tiers la stipulation pour autrui.

Par le moyen de la stipulatio poenae, elle donna au stipulant un intérêt à l'exécution de l'obligation, puisque le promettant s'engageait vis à vis de lui à lui verser une somme d'argent. La stipulation pour autrui ne se trouva pas validée à l'égard du bénéficiaire qui n'avait pas d'action, mais elle le fut vis à vis du stipulant qui pouvait faire pression sur le débiteur. Et la menace de la peine était suffisante, la plupart du temps, pour pousser ce dernier à l'accomplissement de sa promesse.

C'est également par l'adjonction d'une clause pénale qui prenait alors le nom de « promissio poenae » que l'on rendit efficace dans une certaine mesure les promesses pour autrui. Le promettant s'engageait à payer une peine si celui dont il promettait le fait ne s'exécutait pas. Bien entendu, la promesse principale restait nulle ; mais étant sous la menace de payer une forte somme, le promettant ne s'obligeait qu'à bon escient et faisait tous ses efforts pour faire exécuter l'obligation par celui dont il s'était porté fort.

Pareillement, un peu plus tard, toute une série de coutumes et d'usages provinciaux qui n'étaient pas reçus à Rome, furent sanctionnés par l'expédient de la stipulatio poenae (3).

Ainsi en fut-il de la constitution d'une servitude par un

(3) Cuq, Manuel, 57, 3. - 344.

simple pacte (4). Comme la mancipation et l'« injure cessio » ne pouvaient s'appliquer aux fonds provinciaux, il fallut bien trouver d'autres moyens de valider une telle opération. L'on sait que le simple pacte « *pactum nudum* » était inefficace ; mais en lui adjoignant une *stipulatio poenae* par laquelle le propriétaire du fonds servant déclarait qu'il paierait telle somme d'argent toutes les fois qu'il s'opposerait à l'exercice du droit de servitude par le possesseur du fonds dominant, on lui infusait la vie et la servitude était créée, tout au moins inter partes, car les ayants droit à titre particulier n'étaient pas liés par ce contrat.

Dans certaines régions, comme l'Égypte, on se servait de cette institution pour rendre valable aux yeux de la loi romaine le contrat d'adrogation.

Bien d'autres contrats, à Rome, comme l'emphytéose ou le prêt à la grosse, « *trajecticia pecunia* », étaient très souvent accompagnés de clauses pénales.

Il n'est pas jusqu'à la procédure que ne requît de la *stipulatio poenae* aide et assistance.

À l'époque des « *legis actiones* », la mise en œuvre de la « *manus injectio* » exigeait l'évaluation préalable de la créance. On sait que cette procédure consistait essentiellement pour le créancier à appréhender au corps son débiteur. Celui-ci ne pouvait se libérer qu'en payant la dette, à moins qu'il n'intervînt un tiers appelé *vindex* (répondant, caution) lequel promettait au créancier de payer le double si son intervention n'était pas fondée.

L'évaluation de la créance apparaît bien ainsi nécessaire, que le débiteur paie ou que le *vindex* promette le double. Souvent le montant de la créance aura été fixé par un procès antérieur, la *manus injectio* pouvant faire suite à une *legis actio* préliminaire. Mais qui ne voit les avantages de fixer cette somme à l'avance, dans le contrat afin d'éviter ce dou-

(4) Paul, D. VIII, 3,36.

ble procès ? Les Romains, en praticiens astucieux s'en avisèrent fort vite.

Sous la procédure formulaire, le juge ne condamnait jamais *ad ipsam rem*, même quand la chose était possible. Les obligations se résolvaient toujours en dommages-intérêts pécuniaires.

Mais, comme de nos jours, l'évaluation judiciaire du préjudice était une opération délicate et qui prêtait trop facilement le flanc aux critiques et aux plaintes des plaideurs. Pour éviter ces inconvénients, il était loisible au créancier de fixer à l'avance et conventionnellement avec son débiteur un chiffre forfaitaire représentant le préjudice qu'il encourrait du fait de l'inexécution de celui-ci.

Au point de vue pratique, l'utilité de la *stipulatio poenae* restera toujours très grande, même au cours du Bas-Empire. En stipulant une telle clause dans un contrat, non seulement le créancier ne risquait pas de voir le juge faire une évaluation trop faible de son préjudice mais encore, en cas que le débiteur vint à manquer à ses engagements, il n'avait pas à faire la preuve du préjudice ni du montant du préjudice (5). Le juge était tenu de lui adjuger toute la somme prévue à titre de peine, même si les dommages subis étaient inférieurs à celle-ci, même s'il n'y avait eu aucun dommage. Le débiteur n'était du reste pas admis à administrer cette preuve.

§ IX

Nous avons vu, combien utile, et à de certaines époques et pour certains cas, combien nécessaire était, pour les Romains l'usage de la stipulation *poenae*. On peut dire que c'est une institution que le droit romain, dès la période ancienne, se

(5) Just. Inst., 3, 15, de t. o., 7 : « in hujus modi stipulationibus optimum erit poenam subicere ne quantitas, stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probari quod ejus intersit.

devait d'inventer. Sans elle, le commerce juridique fût resté on ne peut plus restreint et étriqué. Le formalisme et le ritualisme eussent enfermé le droit des obligations dans une prison si étroite qu'il fût resté toujours un droit primitif et une entrave à tout progrès économique et social, à moins d'une révolution totale et imprévisible des principes essentiels du droit romain.

La stipulatio poenae a permis d'élargir dès le début le domaine des obligations ; elle a facilité les transitions et les évolutions de la procédure, de l'obligation et des contrats (1). Elle restera toujours en honneur chez les Romains et elle était d'un usage tellement fréquent qu'on en trouve des illustrations ou des parodies même chez des littérateurs comme Pétrone qui vécut, comme on sait, au premier siècle de l'ère chrétienne (2).

Il nous reste à voir maintenant les effets de la stipulation de peine. Tout d'abord, il convient de remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le fait mis « in condicione » puisse faire à lui seul, l'objet d'une stipulation principale valable ; il suffit

(1) Voir notamment le rôle joué par la « stipulatio duplae », qui est une variété de stipulatio poenae, dans l'évolution du contrat de vente à crédit. L'on sait que primitivement, à Rome, la vente se faisait au comptant par mancipation, qu'elle était translatrice de propriété et que l'acheteur était protégé contre l'éviction par l'action « auctoritatis ». Plus tard l'on conçut la vente à crédit non translatrice de propriété, mais génératrice d'obligations. Cette vente se réalisait, au moyen d'une double stipulation. Mais l'acheteur, dans ce cas, ne possédait pas l'action « auctoritatis ». C'est pourquoi il fallut créer artificiellement une action en garantie en cas d'éviction. On y arriva en joignant au contrat de vente une clause pénale appelée stipulatio duplae, parce que le vendeur s'engage à payer le double du prix en cas d'éviction. Plus tard cette clause fut sous-entendue.

(2) Louis Debray, Pétrone et le droit privé romain. Nouvelle revue historique de dr. fr. et étr. 1919, pp. 130 et 555 : «... Un autre passage semble bien nous mettre en présence d'une double stipulatio poenae ; constatée par écrit. Eumolpe, médiateur entre ses amis Encolpe et Giton et, d'autre part, leurs ennemis Lichas et Triphène, leur fait accepter un arrangement qu'il décore du nom de foedus, dont à la vérité rien ne révèle qu'il ait revêtu la forme d'une stipulation, mais qui cependant par son objet, rappelle la stipulatio poenae du second type : promesse d'abstention d'une série d'actes désignés par des expressions qu'évoquent une notion de poursuite en justice, et, accompagnant cette promesse, une autre ayant pour objet de payer une poena pour le cas d'inexécution de la première. Il serait à notre avis hypothétique de vouloir pénétrer plus avant dans l'analyse juridique de la situation ».

qu'il puisse faire l'objet d'une condition (3). Nous avons vu un exemple d'application de cette règle dans la stipulation pour autrui.

Mais il est bien évident que le fait mis in condicione ne doit être ni immoral ni illicite parce qu'il serait alors trop facile de valider par le jeu des règles de l'obligation conditionnelle des obligations qui seraient nulles si on les stipulait principalement.

Lorsqu'un débiteur n'exécute que partiellement les prestations qui lui incombent, les dommages-intérêts qu'il devra à son créancier seront bien évidemment inférieurs à ce qu'il devrait, si l'inexécution avait été totale.

Mais dans le cas d'une stipulatio poenae, l'inexécution, même partielle n'en fait pas moins encourir la peine pour le tout. Cette solution qui paraît contraire à l'équité s'explique par deux raisons : une raison purement technique et juridique, le caractère indivisible de la condition qui est nécessairement défaillie si elle n'est pas accomplie entièrement (4) ; une raison de fond, notre institution a encore un caractère pénal très accentué ; on ne s'occupe pas de proportionner la peine au préjudice subi. La conception d'une clause pénale réparatrice n'apparaîtra que bien plus tard.

L'arrivée du terme entraîne de plein droit la commise de la

Voici à titre de curiosité la traduction du texte auquel fait allusion M. Louis Debray (cf Pétrone, *Le Satyricon*, texte et traduction de M. A. Ernout, Collection des Universités de France, pp. ; 117 et 118) : « Profitant de ce retour à des sentiments meilleurs, notre général Eumolpe, après avoir reproché véhémentement à Lychas son attitude et sa conduite, dresse et signe les articles dont voici la teneur : « Sur ton honneur et ta conscience, toi, Tryphène, tu promets d'oublier tous les sujets de plainte que tu as contre Giton, et que rien de ce qui s'est passé entre vous avant ce jour ne pourra donner lieu de ta part à reproches, vengeances ou poursuites d'aucune sorte ; tu promets également de ne rien exiger de l'enfant malgré sa volonté, ni embrassement ni baiser, ni rapprochement amoureux plus intime, sous peine de payer cent deniers comptant pour chaque contravention. De ton côté, Lychas, sur ton honneur et ta conscience, tu n'engage à ne poursuivre Encolpe ni de paroles, ni de mines insultantes ; tu ne chercheras pas où il dort la nuit ; faute de quoi tu paieras pour chaque violence à lui faite la somme de vingt deniers comptant ».

(3) Ulpien, 49 ad Sabinum, D., h. t., 45, l de verb. oblig. 38,17.

(4) Paul, 75 ad ed., D., h. t., 85,6

peine ; sans qu'il soit nécessaire que le créancier fasse une mise en demeure, une interpellation au débiteur ; car la condition se trouve accomplie dès lorsque le terme est échu sans que l'obligation ait été exécutée (5).

Cette solution, particulière à la clause pénale, fut mal comprise au Moyen-Age. Les glossateurs en firent une règle générale des obligations ; l'arrivée du terme, pensaient-ils, constituait ipso jure le débiteur en demeure. Ils avaient condensé leur doctrine dans la vieille formule : « dies interpellat pro homine » (6).

Les cas fortuits sont à la charge du débiteur. La perte de l'objet mis in condicione entraîne la commise de la peine (7). Certains auteurs modernes comme Ihering ; Mauler et Secrétan veulent que cette disposition se rattache non au système de la clause pénale pure peine, laquelle suppose pour être encourue une faute du débiteur, mais au système de la clause pénale contrat d'assurance ; le fardeau des cas fortuits qui normalement repose jusqu'à la mise en demeure sur le créancier, est transféré au débiteur (8). Celui-ci serait en somme l'assureur de celui-là. Nous retrouverons ce problème en traitant de la clause pénale dans le droit actuel. Disons qu'en droit romain, cette solution s'explique beaucoup plus simplement par le jeu des règles de la condition.

Dans les cas où le fait mis in condicione eût pu faire l'objet d'une obligation principale valable, l'inexécution de cette obligation constituant l'accomplissement de la condition à laquelle était subordonnée la commise de la poena, le créancier a droit simultanément à la peine et aux dommages-intérêts de l'inexécution (9).

Peu à peu, les idées pénales s'atténuent pour faire place

(5) Africain, 7, quaest., 44,7 de oblig. et act. 23.

(6) Cette règle a été rejetée avec juste raison par le code civil (art. 1139).

(7) Paul, 22 ad ed., D., 9,2 Ad leg. Aquil. 22 pr.

(8) Secrétan, p. 84.

(9) Papinien 2 quaest. D., 45, 1, de verb. oblig., 115,2.

à la notion de réparation. Ici encore se vérifie la célèbre formule de Ihering que « l'histoire du droit pénal est celle d'une abolition constante ».

Cette évolution, ou plus exactement peut-être cette révolution des idées a influé notamment sur la règle du cumul. Désormais les jurisconsultes chercheront à épargner au débiteur le poids de la double charge de la poena et des dommages--intérêts. En matière d'obligation de droit strict, ce résultat est obtenu en vertu d'une doctrine selon laquelle l'obligation principale est éteinte, à l'évènement de la poena, par une sorte de novation « quasi-novatio » (10). En matière d'obligation de bonne foi, le cumul étant contraire à la bonne foi, le créancier devait choisir entre les deux actions (11).

CHAPITRE III

Renaissance des compositions pécuniaires Usage quasi universel de la clause pénale

§ X

L'époque franque vit renaître et se développer avec une ampleur incroyable, l'emploi de la clause pénale. Il n'y a pas lieu de s'étonner de cet état de choses qui s'explique tout naturellement par le retour, en France, au système des compo-

(10) Paul, ad. ed., D., 44,7 de oblig. et act. 44,6.

(11) « Des textes de l'époque classique (Julien, 3, ad Urseium Fero-cem D., 19, 1 de act. empti et venditi, 28 ; Ulpien 20 ad ed., 17, 2 pro socio, 41 - Ulpien 45 ad Sabinum D. p. t. 47) décident même que lorsque le créancier avait intenté l'une des deux actions, il pouvait tenter l'autre pour le surplus ; mais il paraît bien que ces textes ont été interpolés et ne concernent que le droit de Justinien », Fliniaux : L'évolution de la conception de la clause pénale chez les canonistes au Moyen-Age, in fine note 7.

sitions pécuniaires, auquel notre institution est alors étroitement liée, comme elle le fut dans les temps primitifs de la Grèce et de Rome.

La carence de l'Etat, la brutalité des mœurs, l'incertitude des relations, la crainte et la méfiance générales étaient des conditions éminemment favorables au développement et à l'extension de l'usage de la stipulation de peine.

Pour être sûr que le débiteur exécuterait la prestation promise, le créancier dut le menacer de peines sévères qu'il insérerait dans le contrat. Pour plus de sûreté, il intéressait le fisc au paiement de la peine en cas d'inexécution, en l'associant pour le tiers ou la moitié au bénéfice de celui-ci (1).

La clause pénale perdit donc ce caractère purement indemnitaire qu'elle avait commencé d'acquérir au Bas-Empire. Pour la fixation de la poena, on ne tenait aucun compte du préjudice subi ; on voulait frapper les esprits par la crainte d'une grave pénalité.

Du point de vue technique, l'éclosion de la clause pénale dans le milieu franc s'explique par la fusion qui s'opéra progressivement entre les contrats barbares et les romains (2).

Les Barbares empruntèrent surtout aux Romains l'habitude de constater les contrats par un écrit, *cautio*. Cet écrit n'était pour ces derniers qu'un moyen de preuve ; c'est par la stipulatio que se formait le contrat. Mais les Barbares ne s'embarassèrent pas de toutes ces subtilités ; l'écrit devint pour eux, la source, la cause de l'obligation. Ils se contentèrent de faire de simples pactes en stipulant une peine contre le débiteur qui les violerait. La *cautio* constatait l'accord des parties sur leurs obligations respectives et sur le montant de la peine et mentionnait par habitude la clause de style « sti-

(1) Cf Thévenin, Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingiennes et carolingiennes T. n° 12-19-21-27-33-40 (discutiente fisco) - 53 (sociante fisco) etc....

(2) Glasson, Histoire du droit français et des institutions de la France, t. III, pp. 235 et ssq.

pulation subnexa », alors qu'en réalité aucune stipulation n'avait lieu.

§ XI

« Les Barbares, dit Glasson, ont singulièrement élargi l'application du système des clauses pénales qu'ils avaient empruntées aux praticiens romains. On peut dire qu'aucun contrat, qu'aucun acte de la vie civile, affranchissement, testament, adoption etc..., ne se formait sans qu'une clause pénale en garantît l'exécution ». (1)

Les textes et les actes de l'époque nous fournissent des exemples innombrables et variés de cet emploi.

En ce qui concerne le droit de famille et des successions, on trouve des clauses pénales adjointes à des contrats de fiançailles (2), à des conventions de divorce par consentement mutuel (3), à des adoptions (4), à des partages d'hérité (5), à des donations avec réserve d'usufruit (6) et surtout à des testaments (7). Il n'y avait presque pas d'exemple de testament sans clause pénale. La peine était comminée contre le disposant lui-même (8) au cas où il voudrait révoquer les exécuteurs qu'il a institués ; contre les exécuteurs eux-mêmes (9) et surtout contre les héritiers (10) qui voudraient attaquer le testament, ou qui chercheraient à entraver l'action de ceux-ci.

Le droit des obligations et des contrats donnait lieu à de

(1) Glasson t. 3, et ssq.

(2) Thévenin, n. 135 (acte datant de 966).

(3) id. n. 23 (libellum repudii).

(4) id. n. 15.

(5) id. n. 16 (pactum inter parentes de hereditate eorum).

(6) id. n. 54.

(7) Caillemet, Origines et développement de l'exécution testamentaire, passim.

(8) id. p. 279.

(9) id. p. 161.

(10) id. p. 211

fréquentes applications de notre clause. On la trouvait dans les contrats de prêt (11), d'échange d'immeubles (12), de vente de terre (13) etc...

Les actes et les contrats féodaux aussi, comme la recommandation (14), l'affranchissement (15), la vente par un homme et sa femme, de leurs personnes, enfants, pécule et biens immeubles (16), étaient sanctionnés par des clauses pénales.

Après l'époque féodale, le Moyen-Age se servit beaucoup de celles-ci dans ses actes. Un exemple particulièrement typique peut être donné à propos d'une institution qui joua un grand rôle à cette époque, nous voulons parler du retrait lignager (17). Mais l'étude de la clause pénale au Moyen-Age se confond avec celle du droit canonique sur la même matière et c'est que nous allons voir maintenant.

(11) Thévenin n. 55.

(12) id. n. 72 (acte datant de 836).

(13) id. n. 118 et 966.

(14) id. n. 26 (qui se in alterius potestate commendat).

(15) id. n. 42.

(16) id. n. 4 et 7.

(17) La clause pénale a joué un rôle important dans l'évolution de cette institution féodale, de même que la stipulatio poenae pour le contrat de vente en droit romain. Nous savons que primitivement celui qui désirait vendre un immeuble à un étranger était obligé d'en faire préalablement l'offre à ses proches ou d'obtenir leur consentement sous peine de les voir après la vente, user de leur droit de retrait. Mais cette obligation était trop gênante. On en arriva à se passer de l'approbation des parents ; mais alors on stipula dans les actes de vente une peine au profit de l'auteur pour le cas où les parents invoqueraient le retrait. Cette peine servant de compensation à l'acquéreur dépossédé. Et c'est ainsi que petit à petit le retrait lignager tomba en désuétude ; Voir à ce sujet Olivier Martin, Histoire de la coutume de Paris pp. 319-326.

CHAPITRE IV

LA PART DES CANONISTES

Petit aperçu historique de la prohibition du prêt à intérêt.

Usage de la clause pénale pour tourner cette prohibition

Nouvelles interdictions et distinctions des canonistes

**Elaboration de la théorie de l'intéressé dans ses rapports avec
la clause pénale**

§ XII

L'intérêt que nous avons à suivre les destins de la clause pénale dans le droit canonique est, pour nous, immense (1) ; Outre l'attrait que peut présenter en elle-même une pareille étude, elle nous prépare et nous conduit à travers Dumoulin et Pothier, au droit moderne. Le code civil, en effet, n'a innové que très discrètement sur ce point, comme sur beaucoup d'autres ; il s'est contenté, en grande partie, de recueillir les principes et les règles qu'avait élaborés le travail d'innombrables générations de jurisconsultes et de législateurs.

Ajoutons que sur notre sujet, les canonistes se sont livrés pendant longtemps à des controverses aussi abondantes que fécondes et d'où l'on peut puiser de nos jours mainte idée intéressante.

Pourquoi donc théologiens et canonistes s'occupèrent-ils avec tant d'ardeur de la clause pénale ? C'est comme nous le verrons, parce que celle-ci servait à tourner la prohibition du

(1) Nous avons emprunté une bonne partie de ce développement à la belle étude que notre ancien maître, le regretté M. Fliniaux, professeur à la faculté de droit de Paris, a fait paraître dans les *Mélanges Fournier*, sous le titre : *L'évolution de la conception de la clause pénale chez les canonistes au Moyen-Age*.

prêt à intérêt et c'est en cherchant à dépister l'« usura » sous toutes ses formes et déguisements que le droit canonique fut amené à dégager peu à peu le concept de la clause pénale réparatrice.

Un rapide aperçu de l'histoire de la prohibition du prêt à intérêts nous aidera à comprendre le sens de l'évolution de la conception de la clause pénale chez les canonistes.

L'Écriture déclarait déjà : « Si tu prêtes de l'argent à mon peuple, au pauvre qui est avec toi, tu ne seras point à son égard comme un créancier, tu n'exigeras point d'intérêt » (2). Et Luc recommandait de prêter sans rien espérer, « *mutuum date nihil sperantes*. » (3).

Les philosophes grecs, Platon et Aristote, se sont élevés également contre les pratiques usuraires qui avaient lieu, comme nous l'avons vu, à Athènes, et ce dernier en donnait cette raison, un peu étrange au premier abord, à savoir que l'argent ne fait pas de petits, « *nummus non parit nummos* ».

Les pères de l'Église, Tertullien (4) et Clément d'Alexandrie (5) suivirent ces errements. A Rome, quoique la stipulation d'intérêts fût permise, on en limita constamment le taux, depuis le droit ancien jusqu'à Justinien.

En présence de cette double tradition, sacrée et profane, concordante, l'Église catholique ne put faire mieux que d'interdire, à son tour, le prêt à intérêt sans se préoccuper des inconvénients économiques qu'une telle règle pouvait entraîner.

Le Concile de Nicée (6) en 325 restreignit tout d'abord

(2) Exode, XXII, 25. Cf également Lévitique, XXV ; 36-37 : « Tu ne prêteras point ton argent à intérêt et tu ne prêteras point de vivres à usurer. - Ezéchiel, XVIII, 8 : « L'homme juste qui ne prête pas à intérêt et ne tire point d'usure ».

(3) Luc, VI, 35.

(4) Tert. adv. Marcionem, I. IV, CXVIII, p. 4, T : II, col. 428.

(5) Clém. d'Alex., Stromata, t. II, c. XVIII, P. G. t. VIII, col. 1024 et ssq.

(6) Concile de Nicée de 325 can. 17 reproduit au décret de Gratien D. XLVII, c. 2 et C. XIV, 9.4, C. 8 (7) « si quelqu'un, après la publication de cette ordonnance prend des intérêts pour n'importe quel motif, ou fait

cette prohibition aux clercs. En 789, Charlemagne, dans une « admonitio generalis » (7) l'étendit aux laïcs. Ce capitulaire fut la base des délibérations du concile d'Aix-la-Chapelle de la même année.

Nous ne connaissons pas les décisions qui y furent prises, « mais tout porte à croire qu'elles furent conformes au capitulaire » (8).

Par la suite et malgré toutes les difficultés d'application d'une pareille mesure, surtout lorsque par l'effet des nouvelles inventions et des découvertes de continents nouveaux, les affaires se développèrent et s'accrurent dans des proportions inconnues jusqu'alors, l'Eglise maintint inébranlablement sa prohibition. Elle déclarait nulle civilement toute stipulation d'intérêt, et elle n'hésitait pas alors à prononcer l'excommunication contre les contrevenants. La loi civile, elle-même, y ajouta ses propres sanctions.

§ XIII

Mais ces lois entravaient trop la vie et le progrès économique pour que la pratique ne s'ingénîât pas à les tourner, quand elle ne les violait pas ouvertement. On était d'autant plus tenté de violer ces prescriptions civiles et religieuses que la notion d'« usura » ne s'appliquait pas seulement au simple prêt à intérêt, mais comprenait tout ce qui d'une manière quelconque s'ajoutait au capital, « quodcumque sorti

ce métier d'usurier de n'importe quelle autre manière, ou s'il réclame la moitié et plus ou s'il se livre à quelque autre manière de gain scandaleux, celui-là doit être chassé du clergé et son nom rayé de l'album ».

(7) Capitulare ecclesiasticum 789, Monumenta Germaniae historica : Pertz : Leges T. I, p. 55 : « Omnibus. - Item in eodem concilio (Nicée) seu in decretis papae Leonis, nec non et in canonibus quae disuntur apostolorum, sicut et in lege ipse dominus praecepit (praecepit) **omnino omnibus interdictum est ad usuram aliquid dare.**

(8) Hefele (Ch. Joseph), Histoire des conciles, traduit par Dom H. Leclerc, t. III, 2 pp. 1027 et ssq.

accidit usura est » (1). C'est dire à quel point les hommes d'affaires se trouvaient gênés dans leur activité et comme, malgré tout on ne pouvait se passer de leur concours, on chercha toutes sortes d'expédients pour leur permettre de se livrer à leur trafic sans qu'ils tombassent sous le coup des lois séculières et des canons de l'Eglise.

L'un des moyens le plus habituellement adoptés par les praticiens pour tourner ces prohibitions fut d'ajouter à un contrat de prêt au lieu d'une stipulation d'intérêt, une clause pénale par laquelle le débiteur s'engageait à payer tant en cas de retard ou en cas de non-paiement du capital à son échéance.

Mais il était trop facile de découvrir la supercherie cachée sous l'apparence d'une convention parfaitement régulière. C'est ce que le théologien Robert de Courçon, au titre « de usura » de la Summa qui lui est attribuée ne manqua pas de faire ressortir : « Et pourtant, dit-il, dans ce contrat il y a manifestement usure, sous les espèces de cette punition qu'ils appellent sophistiquement punition alors qu'elle est le plus souvent usure. » (2).

Ne pouvant interdire de façon générale l'adjonction d'une clause pénale (ils se heurtaient à certains textes de droit romain et à des dispositions du décret de Gratien, entre autres, D. XXIII, C. 6 (quanquam), quelques canonistes comme Bernard de Pavie, Robert de Courçon, déjà nommé, et Raymond de Pénafort essayèrent d'établir une distinction fondée sur l'intention du stipulant. S'il ne s'agit que d'effrayer le dé-

(1) C. XIV, q. 3, c. 3. - cf. c. XIV, 93 ; 2 : la loi divine veut « ut plus non recipias quam dedisti » - Ansegis Capitularium, n° 119 (Boretius, t. I, p. 410) : « Usura est ubi amplius requiritur quam datur » ; - Azon, Summa, Lyon 1564 f° 102 V° « quod vulgo dicitur ab omnibus, quicquid sorti accidit, est usura » . - Ordonnances de St Louis de décembre 1232 (Layettes du Trésor des Chartes, t. 2, n° 2083, p. 192) : « Usurae autem intelligimus quicquid ultra sortem ».

(2) Cf Georges Lefèvre, le traité « de usura » de Robert de Courçon, Lille 1902, p. 65 publié dans Travaux et Mémoires de l'Université de Lille t. 10, mémoire n. 30 : « cum tamen in tali contractu manifestum sit fenus de poena illa quam sophistice vocant poenam cum saepius est usura ».

biteur, de l'obliger à être diligent, la clause est valable, mais si elle est « in fraudem usurarum apposita », elle est nulle (3).

Ce critère ressortissant au for intérieur ne tarda pas à paraître tout à fait insuffisant. Tous les créanciers pouvaient arguer de leur bonnes intentions; il était souvent bien difficile de deviner ce qu'ils avaient voulu réellement. C'est pourquoi, Raymond de Pénafort, dans sa « Summa de Casibus » (4) proposa deux nouveaux critères sous la forme de deux présomptions : celui qui se livrait habituellement à l'usure était présumé avoir stipulé « in fraudem usurarum » ; il en était de même pour celui qui avait stipulé une peine sous la forme de prestations échelonnées, « per singulos menses vel annos ».

Mais ces deux critères n'eurent pas plus de succès. La grande Glose rendit le premier inefficace en le déclarant inapplicable au contrat de prêt (5). Quant au second, le

(3) Bernard de Pavie (fin du XIIe siècle) « Summa decretalium » titre de usuris § 9 (Edit. Laspeyres, p. 327 : « Si vero exigatur poena conventionalis in fraudem usurarum apposita, incidit in crimen usurarum. » Cf. Robert de Courçon titre « de usuris » (op. cit. p. 65) : « Cette stipulation peut selon nous s'expliquer de deux manières. Tantôt elle peut exister à titre de rappel à l'ordre et de stimulant, et si elle est faite dans ce but, il n'y a pas usure : ex. le prêteur sait l'emprunteur négligent quand il s'agit de s'acquitter et c'est pour cela qu'il stipule cette amende, non en vue de la retenir à son profit, mais pour la distribuer aux pauvres. Si au contraire, il a pour objet de la garder en surplus du capital, et s'il a obéi à ce motif cupide en stipulant l'amende, il est usurier. » cf. également Raymond de Penafort : Summa Pastoralis (pastorale ?) (publiée dans le catalogue général des manuscrits des bibliothèques des départements t. I, 1889 d'après le ms 157 de la bibliothèque de Laon) où se trouvent dénoncés sous le titre « de his quae circa panochianos sunt inquirendi » un certain nombre de pratiques usuraires, entre autre celle de la clause pénale (P. 622) : « Item utrum exerceat usuram nomine poenae palliatam, scilicet cum in poenis non intendit, ut solvatur citius, sed ut solvatur amplius ».

(4) Summa lib. II, tit. 7, De Usuris et Pignoribus, § 4 (Edit Paris 1720, p. 209) « Si autem ille qui talem poenam apposuit, consuevit esse usurarius, praesumitur quod in fraudem usurarum adjecerit poenam, arg. ff. de usuris qui semisses (D. 22, I, de usuris, 13, 1). Est etiam praesumptio, quod sit usura, si per singulos menses vel annos dicatur committi arg C. eod. Auth. ad haec. - 3, Ad leg. rogasti (D. 12 De reb. cred. II). Vis condici non posse : « habet enim locum haec distinctio in aliis contractibus, non in mutuis ut infra de usuris, l. qui semisses, § fine » (D. 22 I, de usuris, 13, 1).

(5) Ad leg. rogasti (D., 12, I De reb. cred., II) Vis condici non posse : « habet enim locum distinctio in aliis contractibus, non in mutuis ut infra de usuris, l. qui semisses, § fine » (D. 22, I, de usuris, 13, 1).

créancier pouvait parfaitement y échapper, en stipulant une peine globale, et non des paiements échelonnés.

§ XIV

Il fallait manifestement trouver autre chose pour concilier le respect dû à la loi divine avec le développement des affaires. C'est alors qu'on fit intervenir dans le débat la doctrine de l'« interesse », laquelle détermina une nouvelle orientation dans la conception de la clause pénale.

Cette doctrine tire son origine d'un texte du droit romain, la loi « *Socium qui* » (1), au Digeste, laquelle distingue à propos du contrat de société les « *usurae* » de l'*interesse*. L'associé qui avait mis son co-associé débiteur en demeure, pouvait lui réclamer des dommages-intérêts équivalents à l'intérêt qu'il aurait eu à ce que ce dernier ne fût pas en demeure. Ce n'était pas un bénéfice qu'il réalisait, mais une réparation qu'il obtenait.

Les Bolonais et notamment Azon (2) étendirent cette règle à d'autres contrats et institutions : mandats, gestions d'affaires etc... Jean d'Allemagne, Vincent d'Espagne, et Raymond de Penafort se firent les véhicules de ces nouvelles idées. Le premier déclare dans son « *Apparatus ad decretum* » (devenu, la glose ordinaire du Décret de Gratien, écrit avant 1215) que lorsque quelqu'un est en demeure de payer, on pourra lui réclamer des *usurae* non en tant qu'*usurae*, mais en tant qu'*interesse* (3). L'on s'aperçoit déjà combien les rigueurs primitives s'étaient adoucies puisque l'on osait dire

(1) Pomponius, 13 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro Socio, 60, pr. : « *Socium qui en eo, quod ex societate lucri faceret, redendo moram adhibuit cum ea pecunia usus sit, usuras, quoque eum praestare debere* Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse ».

(2) Azon, *Summa de usuris* n° II (Edit. Lyon 1564, f° 103,10).

(3) Glose ordinaire du décret sous C. XIV, q. 4, c. 7 (8) (*quoniam multi*), Vis ad quaestum : « *Videtur id quod prohibeamur sumere usuram causa lucri captandi, non autem vitandi damni... Si quis ergo est in mora*

que le créancier pouvait exiger des « *usurae* » avec, il est vrai, une distinction dont la subtilité ne doit pas nous faire oublier qu'elle n'était en réalité qu'une capitulation des principes devant les nécessités impérieuses de la pratique. Il convient aussi de noter l'importance du rôle de la mise en demeure pour l'ouverture de la peine.

Mais c'est Raymond de Pênafort qui aperçut le rapport entre l'interesse et la poena en se demandant si le montant de la poena peut dépasser celui de l'interesse (4). Il laissa cette question sans solution. Innocent IV y répondit par l'affirmative (5). Guillaume de Rennes commentateur de Raymond prétendit que ce dernier était d'avis que la peine n'était licite que lorsqu'elle était égale à l'interesse (6). Quoique cette solution fût la plus conforme à la logique et à l'esprit de toute l'argumentation de son maître, il ne l'approuvait pas ; pour lui, lorsque la clause pénale est apposée sans fraude, elle peut être exigée en totalité parce que, dit-il il importe à l'ordre public que les pactes soient respectés et que les créanciers ne soient pas trompés par leurs débiteurs (7). Il distinguait deux fonctions différentes de la clause pénale : celle-ci est apposée à titre de réparation, « *loco interesse* » et dans ce cas, elle ne doit pas dépasser l'interesse ; tantôt pour punir le débiteur de sa faute, et dans ce deuxième cas, elle

solvendi, ab eo possunt peti usurae, non tanquam usurae, sed tanquam interesse ut ff pro so., socium (D., 17, 2, pro socio, 60 pr.) et tunc petuntur usurae iudicis officio, non jure actionis. Licite enim potest agi ad hoc ut reddat (ur) quis indemnis, ut extra de fide jus pervenit (X, 3, 2, de fide, C. 2) et 12, q. 2 si quis de clericis (Decret, c. XII, q. 2 33 et 40), ubi agitur ad interesse ».

(4) *Summa, de usuris* 4 (ed. Paris p. 205) « *Utrum aut liceat, tales (scil. poenae conventionales) exigere quantum ad interesse tantum, aut etiam ultra.*

(5) Innocent IV, *Comm. in decret.* (peu après 1245, d'après Von Schulte) *De Poenis* sur le c. *suam ad nos* (x, 5 ; 37, c. q.) V^o poena (ed. Lyon 1578 f^o 353 V^o) : « *credimus quod etiam si poena interesse excedat, quod licite tota poena petitur* ».

(6) *Summa Raymundi, de usuris*, 4 V^o *poenamrum* Ms latin 3249 de la Bibl. Nat. f^o 101 ; edit. de Rome 1603 p. 231 « *quod quantum ad interese tantum liceat hujusmodi poenae exigi.*

(7) Ibid. « *autem credo quod ubi sine fraude poena est apposita, potest exigi tota, quia publice interest pacta servari et creditores a debitoribus non defraudari* ».

peut être exigée pour le tout si elle n'a pas été insérée in fraudem usurarum.

La grande glose distinguait suivant que la peine est adjointe à un fait (facto), à un corps certain (speciei), ou à une somme d'argent. Dans les deux premiers cas, la clause pénale est valable. Mais pour le troisième la fraude doit être présumée. En droit romain la peine prévue ne devait pas dépasser le taux légal des intérêts (8). Il ne pouvait être question d'intérêt légal en droit canonique, toute « usure » étant prohibée. C'est alors qu'Hostiensis fit appel à la théorie de l'intérêt. La poena serait légitime quand elle serait la représentation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation par le débiteur, ici, du non-remboursement des derniers prêtés au terme fixé (9). En conséquence, la poena est régie par les mêmes règles que l'intérêt (10).

Ce nouveau principe fut adopté à la suite d'Hostiensis par de nombreux canonistes (11) qui l'étendirent d'ailleurs au cas où la peine est adjointe à un fait ou à un corps certain (12).

Une question très débattue par les canonistes, et qui reste toujours d'actualité (13) est celle de savoir si le montant de

(8) Legitimus modus usurarum. - Ad leg. 13 6 (Julianus ibidem Papinianus), D., 19, 1, De act. empi et venditi, V^o excedit ad leg. 15 (cum allegas), C. 4, 32 de usuris V^o altri.

(9) Hostiensis : Est ergo praesumendum contra stipulantem poenam in mutuo nisi petatur poenae quae loco interesse succedit (Summa super titulis decretalium dite Summa aurea, - de usuris ; quae poena usurariarum n^o 13 (f^o 377, 7^o) ed Lyon 568.

(10) Cum loco interesse succedat (poena), ergo eodem jure fundi debet (Summa, de Sententia, § quis sit effectus (f. 179, 7^o).

(11) Voir Panormitanus. - Nicolas de Tudeschis mort en 1453 - ; Com. in decret ; - Ambrosius de Vignate De usuris n^o 90 (Tract. univ. jur. t f^o 57, 70.

(12) Voir Laurent de Ridolphis (mort vers 1450, d'après von Schulte, Geschichte der Quellen und Literatur des Kanonischen Rechts, t. 2, p. 393) De Usuris n^o 14 (Tract. univ. jur. t. 7 f^o 28 7^o) : « sed hodie nullo modo petitur poena adjecta in fraudem usurarum. Et subditur, quod tu potes sic concludere de jure canonum, et dicere, si poena adjucitur facto, peti potest ut interesse et quantum interest.

(13) Voir Secrétan, thèse, passim.

la peine prévue dans le contrat peut être réduite par le juge, ou s'il doit demeurer invariable. Pour Hostiensis la peine, tenant lieu de dommages-intérêts pouvait être réduite lorsqu'elle dépassait le double de la valeur de la chose ayant fait l'objet de l'obligation. Il se fondait sur un texte célèbre de Justinien (la loi unique au code de Just. 7,47, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur (14).

Panormitanus refusait au juge la faculté de modifier la peine. Celle-ci était un forfait de dommages-intérêts qui dispensait le créancier de faire la preuve du montant de l'intérêt.

Nous verrons que si jusqu'à la fin de l'ancien droit la solution d'Hostiensis a prévalu, celle de Panormitanus aura pour elle le code civil.

CHAPITRE V

LE DROIT SECULIER JUSQU'À LA FIN DE L'ANCIEN REGIME

Beaumanoir. — Nature de la clause pénale chez Pathier Ses effets. — Cas d'ouverture de la peine Obligations divisibles et indivisibles

§ XV

Au Moyen-Age et même, quoiqu'à un moindre degré, sous la monarchie administrative, certaines matières étaient régies par le droit canonique. Le pouvoir séculier se contentait d'en sanctionner ou d'en reproduire les prescriptions.

(14) Auguste Dumas, les origines romaines de l'article 1150 duc. c.

Celà est particulièrement vrai de l' « usure » et de la clause pénale.

Toutes les discussions et les idées des canonistes trouvent des échos fidèles chez les écrivains séculiers, « civilistes » ou auteurs de recueils de coutumes.

Dans ses célèbres « Coutumes du Beauvoisis », Beaumanoir fait siennes les idées des canonistes de son temps.

Ainsi il reconnaît la légitimité de la clause pénale adjointe à une obligation de faire, quand l'inexécution de celle-ci est susceptible de causer un dommage au créancier : « Et se je convent à un home que je li ferai une besogne de le quele il serait damaciés se je ne le fesois, et je m'oblige à fere li se besongne, je doi bien queoir en le paine, car il pot estre damaciés, porce qu'il s'étendait à mi, si que le paine pot estre contée por restor damaces » (1).

Plus loin, en praticien avisé, il recommande au créancier qui stipule une peine, d'y associer pour le tiers ou la moitié « le sire de la terre », autrement dit le seigneur justicier, afin, dit-il, « que le partie qui s'obligea à le peine, se prengne plus près de tenir le convenence por le doute de la justice au seigneur ». « Néporquant, ajoute-t-il, je li segneur n'avaient rien en le paine, se doit-il fere tenir toutes loiaux convenances » (2). L'usage d'intéresser de cette façon l'autorité publique au paiement de la peine remonte très haut, puisque nous l'avons déjà vu très pratique à l'époque franque (3).

Ailleurs Beaumanoir prend soin de protéger le débiteur contre la mauvaise foi et les ruses possibles des créanciers. Il suppose le cas d'une rente à héritage payable à « jor nommé, en tele sorte que si le jors passé sans paier, il doit rendre por cascune journée de défaute un nombre d'argent, en nom de paine, por les domaces c'on pot avoir par défaut de paiement » : il ajoute : « Et après, cil à qui on doit le rente,

(1) Beaumanoir, Coutumes du Beauvoisis, XLII, n. 2.

(2) Beaumanoir, XLII, n. 4.

(3) Vide supra § 10.

malicieusement lesse grand piece de tans passer avant qu'il demande se rente por demander grant nombre d'argent de defautes on doit mult prenre garde se le defaute est sor celi qui doit le rente ou non ». Autrement dit comme il l'explique plus loin, il faut que le crédit-rentier ait interpellé le débit-rentier, qu'il lui ait réclamé son argent à son domicile en vertu du principe de la quérabilité de la dette ; s'il ne le fait, la peine ne lui est pas dûe.

§ XVI

Tout le travail des canonistes, que nous avons vu précédemment, fut reproduit au XVI^e siècle par Dumoulin et pour ainsi dire « laïcisé » dans son « de eo quod interest ».

Au XVIII^e siècle, Pothier mit en français la plupart des idées qu'avait exprimées Dumoulin en latin. C'est pourquoi, nous étudierons tout spécialement Pothier, prédécesseur immédiat du code civil et source de la plupart de ses dispositions sur la clause pénale.

Pothier, au chapitre premier, deuxième partie, de ses « Obligations », énumère les différentes espèces d'obligations et expose les diverses divisions qu'on en peut faire. Dans sa septième division, il distingue les obligations secondaires des obligations primitives (1).

« L'obligation primitive qu'on peut aussi appeler obligation principale, est celle qui a été contractée principalement et en premier lieu, et pour elle-même. L'obligation secondaire est celle qui est contractée en cas d'inexécution d'une première obligation ».

Les obligations secondaires se subdivisent à leur tour : elles comprennent d'abord « les obligations secondaires qui ne sont qu'une suite naturelle de l'obligation primitive, qui, sans qu'il soit intervenu aucune convention particulière, naissent

(1) Pothier, Obligations n. 183 et ssq.

naturellement de la seule inexécution de l'obligation primitive, ou du retard apporté à son exécution ». Telle est l'obligation des dommages-intérêts en laquelle se convertit naturellement et de plein droit l'obligation primitive qu'un vendeur, par exemple, a contractée de livrer ou de garantir une chose, en cas d'inexécution de cette obligation ; comme aussi l'obligation des intérêts qui naît du retard apporté à l'obligation de payer une certaine somme d'argent ».

Les obligations secondaires de la seconde espèce sont celles qui naissent d'une clause apposée au contrat par laquelle la partie qui s'engage à quelque chose promet de donner une certaine somme, ou quelque autre chose au cas qu'elle ne satisfasse pas à son engagement.

« On appelle ces clauses, clauses pénales, et les obligations qui en naissent, obligations pénales, lesquelles sont accessoires à l'obligation primitive et principale et sont contractées pour en assurer l'exécution ».

La clause pénale nous apparaît donc chez Pothier, comme une obligation accessoire, ou comme il dit secondaire, dépendant étroitement d'une autre, principale, ayant pour fin d'assurer l'exécution de celle-ci, et ayant très nettement un caractère réparatif, sans aucun contenu pénal.

Partant de ces prémisses, il en déduit toute une série de conséquences que nous allons examiner jusque dans le détail parce qu'elles nous donneront la clef de la plupart des règles adoptées par le code civil et de beaucoup de solutions de la doctrine et de la jurisprudence modernes.

§ XVII

La première conséquence qui se tire de cette définition est que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de l'obligation pénale, en vertu du principe qui veut que l'accessoire suit le principal.

A cette règle, dit Pothier, il y a deux exceptions : celle de la clause pénale adjointe soit à une stipulation, soit à une promesse pour autrui. Dans le premier cas, la raison de cette exception « est que l'obligation principale n'est nulle que parce que le débiteur y peut impunément contrevenir, celui envers qui elle a été contractée n'ayant dans ce cas aucuns dommages et intérêts à prétendre en cas d'inexécution : l'obligation pénale qui est ajoutée purge ce vice en empêchant le débiteur d'y pouvoir contrevenir impunément » (1).

Pareillement, dans le cas d'une promesse pour autrui, nulle par elle-même, la clause pénale est validée « parce qu'elle fait voir que celui qui a promis n'avait pas simplement intention de promettre le fait de ce tiers ; mais de se faire fort de ce tiers ; et par conséquent il a promis « non de alio, sed de se » (2).

Quelque peu convaincantes que soient ces explications, surtout la première, elles seront reprises par les commentateurs du code civil, et nous les retrouverons.

A l'inverse de cette règle, la nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive.

La raison d'être de la clause pénale, avons-nous dit, est d'assurer l'exécution de l'obligation principale. « De là, on doit conclure, ajoute Pothier, que la vue des contractants n'a été ni d'éteindre, ni de résoudre par l'obligation pénale, l'obligation principale, ni de la fondre dans l'obligation pénale ». « C'est pourquoi quoiqu'il y ait eu ouverture à l'obligation pénale par la demeure en laquelle a été le débiteur d'exécuter l'obligation principale, le créancier peut, au lieu de demander la peine stipulée, poursuivre l'exécution de l'obligation principale ».

La clause pénale est stipulée à titre de dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale. Elle est par conséquent « compensatrice des dommages et intérêts que le

(1) id. n. 339. - (2) id. *ibid.*

créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». L'on voit ici que le contenu pénal que nous avons trouvé dans les législations primitives a complètement disparu sous l'influence canonique. Seul demeure l'idée que tout préjudice, et seulement ce préjudice doit être réparé ; d'où des conséquences très importantes :

D'abord, pas de cumul possible : on ne peut réclamer la peine et l'exécution de l'obligation principale. Le créancier ne peut demander que l'une ou l'autre ; car la clause pénale ne lui ôte pas l'action qui résulte de l'obligation principale ; mais s'il en use, il doit renoncer à demander la peine, sinon d'une façon subsidiaire.

Poussant plus loin les conséquences de la conception purement réparative, il admet que si le créancier n'est pas suffisamment dédommagé par la peine, il peut réclamer le surplus pour cette raison « que l'obligation pénale ne peut porter aucune atteinte à l'obligation principale » (3). En revanche, « la peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation, peut, lorsqu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge ». Et voici les raisons qu'il en donne :

« Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexécution d'une obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive ; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant, et qu'il est dans la disposition de ne s'y pas soumettre, s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver, qu'ainsi le consentement qu'il donne à l'obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur une erreur et sur une illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable : c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages-intérêts du

(3) id. n. 342.

créancier résultant de l'inexécution de l'obligation principale ».

Cette argumentation extrêmement faible le conduit à enlever à la clause pénale presque toute son utilité. Nous verrons que les rédacteurs du code civil rejetèrent cette solution.

§ XVIII

La nature et les caractères de la clause pénale ayant été dégagés, Pothier se demande quand il y a lieu à l'ouverture de la peine. Ici notre auteur distingue selon qu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire ou d'une obligation de donner ou de faire quelque chose.

Dans le premier cas, pour qu'il y ait lieu à ouverture, il suffit qu'on ait fait ce qu'on s'était engagé à ne pas faire. Mais une question se pose : « Est-il nécessaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale ait eu effet ? A cela Pothier répond que tout dépend de l'intention des parties. Si l'on s'engage sous une peine à ne pas revenir contre un acte de partage ou de transaction, et si, malgré cet engagement, l'on fait un procès, la peine est dûe, même si l'action est déclarée non recevable parce qu'il est à présumer que ce que les parties ont voulu éviter, c'était le procès.

« Au contraire, si j'ai stipulé de vous, sous une certaine peine, que vous ne loueriez pas votre maison voisine de celle que j'occupe à aucun ouvrier se servant de marteau, le bail que vous auriez fait à un serrurier, s'il n'a pas été exécuté ne donnera pas ouverture à la peine : ce que je me suis proposé en stipulant cela de vous, était que vous ne me causeriez pas d'incommodité du bruit que font ces ouvriers. Le bail n'ayant jamais été exécuté, ne m'a causé aucune incommodité, il ne doit pas donner lieu à la peine ».

Dans le cas d'obligation de donner ou de faire quelque cho-

se, il y a ouverture à la peine, lorsque le débiteur a été mis en demeure de donner ou de faire ce qu'il a promis.

En droit romain, le terme, en matière de « stipulation poenae » entraînait mise en demeure. Mais, dit Pothier, « selon nos usages, soit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doit être accomplie, soit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, et pour donner en conséquence ouverture à la peine ».

Le débiteur peut-il, en s'acquittant pour partie de son obligation, éviter la peine pour partie ? Si le créancier a reçu volontairement partie de la dette, la peine n'est due qu'à proportion et quant à la part pour laquelle elle n'a pas été exécutée. Cette solution se fonde toujours sur la conception indemnitaire de la clause pénale. Elle a surtout lieu à l'égard des obligations de choses divisibles.

S'appliquerait-elle aux obligations de choses indivisibles ? Pothier semble le croire et donne l'exemple suivant : « Quoique l'exercice d'une servitude prédiale soit quelque chose d'indivisible, et qu'en conséquence l'obligation que contracte le possesseur de l'héritage servant de souffrir l'exercice de la servitude, soit une obligation indivisible ; néanmoins, lorsque cette servitude est limitée à une certaine fin pour laquelle elle a été constituée, laquelle fin se termine à quelque chose de divisible, la peine se divisera si cette fin a été remplie pour partie et elle n'aura lieu que pour la partie quant à laquelle elle n'aura pas été remplie » (1).

« J'ai un héritage qui a un droit de servitude sur le vôtre, lequel droit consiste en ce que les possesseurs de l'héritage servant sont obligés au temps des vendanges de souffrir que mes gens transportent ma vendange par cet héritage, à peine de cent écus en cas de trouble fait à mon droit de servitude. Dans cette espèce, si, après avoir laissé passer la moitié de

(1) id. n. 352. ; voir un autre exemple n. 353.

ma vengeance, vous avez empêché le transport du surplus par votre héritage, vous n'avez encouru la peine de cent écus que pour moitié..... »

§ XIX

La peine est-elle encourue pour le total et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'entre eux ? Pothier distingue, à cet égard, entre les obligations indivisibles et les obligations divisibles.

« Lorsque l'obligation primitive qui a été contractée sous une clause pénale est l'obligation d'une chose indivisible, la contravention faite à cette obligation par un seul des héritiers du débiteur, donne ouverture à toute la peine non seulement contre celui qui a donné ouverture à la peine par sa contravention, mais même contre ses co-héritiers qui sont tous tenus de cette peine pour la part dont ils sont héritiers, sauf leur recours contre celui qui, par sa contravention, a donné ouverture à la peine pour en être par lui acquittés » (1).

Tel est le cas de plusieurs co-héritiers ayant une propriété grevée d'une servitude de passage, lorsque l'un d'eux contre le gré des autres, refuse au propriétaire du fonds dominant l'exercice de son droit de passage.

Pothier ajoute à cela, en se fondant sur les arguments tirés de Dumoulin (p. 3, pp. 173 et 174 alibi) que le créancier peut demander la peine entière à celui des héritiers qui a fait la contravention.

En cas que deux ou plusieurs co-héritiers contreviennent à l'obligation indivisible, chacun d'eux est solidairement tenu de la peine ; car la contravention de ses co-héritiers ne diminue pas la sienne, « *nec qui peccavit ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit ; multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat* » (Mol. Part. 8 n. 148).

(1) id. n. 355.

Lorsqu'au contraire, l'obligation primitive qui a été contractée sous une clause pénale est l'obligation d'un fait divisible, Pothier décide que celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, encourt seul la peine pour la part dont il est héritier.

Il reste à examiner si la peine est encourue pour le total et envers tous les héritiers du créancier par la contravention faite envers l'un d'eux. Dans le cas d'une obligation indivisible, il semblerait, « selon la subtilité du droit » que la peine dût être encourue envers tous les héritiers ; néanmoins Pothier décide que, selon l'équité qui doit prévaloir à la subtilité, la peine ne doit être encourue qu'envers celui des héritiers contre lequel le débiteur a contrevenu à son obligation.

Cette solution doit être adoptée a fortiori lorsqu'il s'agit d'obligations divisibles.

DEUXIEME PARTIE

Le Droit Moderne

CHAPITRE PREMIER

LES TRAVAUX PREPARATOIRES ET LA COMPOSITION DU CODE CIVIL

Conception des rédacteurs du code et droit anglais **Innovations. — Place dans la composition du code civil** **des textes concernant la clause pénale**

§ XX

Les rédacteurs du code civil, sur la matière de la clause pénale, se sont très largement inspirés de Pothier. Dans certains articles, ils ont reproduit mot pour mot les définitions et les règles qu'ils trouvaient au « Traité des Obligations ».

Le Tribunal de Cassation et les Tribunaux d'appel dans leurs observations sur le projet de la Commission du Gouvernement (1), se sont contentés la plupart du temps d'invoquer les mêmes raisons que Pothier, et souvent dans les mêmes termes, à propos de telle ou telle disposition qu'ils approuvaient, qu'ils proposaient ou qu'ils conseillaient aux rédacteurs de rejeter (2).

Ce n'est pas à dire cependant que ceux-ci aient fait œuvre servile et qu'ils n'aient en rien innové. Des règles énoncées par Pothier, ils ont fait une sage discrimination, reproduisant celles qui leur semblaient en accord avec les principes auxquels ils entendaient soumettre le nouveau code, et rejetant

(1) Commission du Gouvernement nommé par arrêté du 24 thermidor an VIII (Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis, Malleville, commissaires).

(2) Voir notamment les observations du Trib. de Lyon (Fenet, t. 4, pp. 131-133) ; cf. Pothier.

celles qui ne paraissaient plus en harmonie avec ces mêmes principes.

L'idée essentielle, cependant, la conception même de la clause pénale, sa définition, c'est dans Pothier qu'ils l'ont prise. Nous avons vu précédemment que, rompant avec la vieille idée de peine privée, le droit canonique et à sa suite, Dumoulin et Pothier avaient attribué à la clause pénale une fonction purement réparative. Celui-ci disait qu'elle était « compensatrice des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». L'article 1229 a reproduit cette définition sous cette forme à peine différente : » la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ».

Il semble, à lire cette définition, que l'idée de peine ait été complètement absente de la pensée du législateur ; que désormais, en droit français, cette stipulation n'est plus qu'une simple évaluation de dommages et intérêts. Même en ce qui concerne les rédacteurs du code, une telle idée nous semble excessive et le Tribunal de Montpellier marque bien, dans ses observations (3) sur le futur article 1152 que la clause pénale peut jouer un rôle pénal et un rôle réparateur : « Les parties dit-il, s'étant données elles-mêmes la loi en fixant la somme des dommages-intérêts résultant de l'obligation il ne paraît que le juge puisse modérer cette somme, une pareille stipulation pouvant avoir été faite et pour le dédommagement et pour une peine contre la partie qui se refuserait à l'exécution ».

La section de législation du Tribunat, dans un commentaire un peu obscur de ce même futur article 1152 (art.53, section 3, ch. 2, tit. 3, liv. 3 du projet), semble distinguer une « clause de dommages-intérêts » qui serait régie par l'article 1152 et une clause pénale qui serait réglementée par

(3) Fenet t. 4, p. 443.

les futurs articles 1226-1233. Elle déclare nettement qu'il faut « marquer la différence entre la clause des dommages-intérêts à laquelle le juge ne peut rien changer et la clause pénale qui est susceptible d'être réduite ».

Cette distinction n'a pas prévalu par la suite ; clause pénale et clause de dommages-intérêts sont synonymes en droit français moderne. Mais il n'en est pas de même dans certaines législations étrangères. Le droit anglais (4) notamment, connaît deux clauses pénales nettement différenciées et qui correspondent à la distinction que voulait introduire le Tribunat dans le code civil. La première appelée « liquidated damages » (dommages-intérêts liquidés) se rapporte à la conception purement réparative de l'institution. Lorsqu'ils se trouvent en présence d'une semblable clause, les juges ne peuvent en aucun cas la modifier. Elle représente la compensation exacte d'un préjudice subi par le créancier.

La « penalty », au contraire, est une clause à caractère nettement punitif. Elle se reconnaît la plupart du temps à ce que son montant dépasse le préjudice éventuel. Les juges anglais s'arrogent le droit de la modifier et de la réduire aux dommages-intérêts réels.

Cette distinction a donc en droit anglais une importance capitale, puisque, suivant que l'on se trouve en présence de l'une ou de l'autre, les tribunaux peuvent ou non réduire la somme prévue. Disons sans insister davantage que ces derniers ne s'attachent pas à la lettre des textes ni à l'expression choisie par les contractants, mais fondent leur interprétation sur l'intention des parties telle qu'elle résulte de la totalité du contrat.

Complétons ce que nous avons dit de la conception des rédacteurs du code civil en faisant remarquer que le fait d'avoir prévu, à l'article 2047 qu'on pourrait « ajouter à une

(4) Demogue, Obligations VI, n° 497. - Voir « The Judicial dictionary, » à l'article « liquidated damages ».

transaction la stipulation d'une **peine** contre celui qui manquera de l'exécuter » indique bien que la fonction punitive n'a pas complètement échappé au législateur de 1804.

§ XXI

Mais si, touchant le rôle de la clause pénale, le code civil a suivi les traces de Pothier, il n'en a pas moins bouleversé complètement certaines règles en honneur sous l'ancien régime, de telle sorte que la physionomie de cette institution s'est trouvée sensiblement modifiée dans le droit nouveau. Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, la clause pénale était considérée comme purement comminatoire ; autrement dit, le juge pouvait refuser de l'appliquer si bon lui semblait, dans le cas notamment où le débiteur défaillant lui semblait être de bonne foi. Sous le régime du code civil, le juge a perdu ce pouvoir et quand une peine est prévue dans un contrat, il est tenu d'ordonner qu'elle sera payée.

D'autre part, comme nous l'avons vu, la peine était susceptible d'être augmentée ou diminuée selon qu'elle était jugée inférieure ou supérieure au préjudice subi par le créancier. L'article 1152 du code, rompant sur ce point avec l'ancien droit, a consacré la règle de la fixité de la clause pénale dans les termes suivants : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

Ce n'est pas sans peine que ce principe fut adopté. Le premier projet de code civil de Cambacérès (1) l'avait admis dans ces termes d'une élégante concision « En cas que le contrat détermine une obligation pénale applicable à son inexécution, cette obligation est la mesure et le terme de l'indemnité ».

(1) 1^{er} projet de Cambacérès L. III ? T. I., Part. 1^{ère}, § 2, art. 10.

Mais le projet de la commission du Gouvernement y renonça en faveur du débiteur. Il disposa en effet que : « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter (l'obligation) paiera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une plus forte somme quoique le dommage se trouve plus grand.

« Le juge peut, au contraire , modérer celle stipulée, si elle excède évidemment le dommage effectif (2) ».

Ce texte fut l'objet, de la part des Tribunaux consultés, d'appréciations contradictoires que Bigot-Préameneu résuma ainsi, lors de la discussion au Conseil d'Etat (3) : « On disait, d'un côté, que les contrats devant être exécutés de bonne foi, il était juste de réduire la somme à laquelle les parties avaient fixé les dommages-intérêts ; que le débiteur n'a consenti à en élever la fixation beaucoup au delà de la juste proportion que parce qu'il s'est persuadé qu'il pourrait remplir ses engagements, et qu'il ne serait pas exposé à la peine de l'inexécution ; que s'il eût prévu les obstacles qui l'ont arrêté, il ne se serait pas soumis à des dommages-intérêts si considérables, qu'enfin les principes étaient ceux de la jurisprudence actuelle.

« On disait, d'un autre côté, que les parties sont les appréciateurs les plus sûrs du dommage qui peut résulter de l'inexécution d'un engagement ; qu'ainsi leur volonté doit être respectée ; que si l'on accorde au juge le droit de diminuer les dommages-intérêts qu'elles ont fixés, il faut donc aussi leur donner le pouvoir de les augmenter lorsque les circonstances portent la perte du créancier au delà de ce qui avait été prévu....

« Au milieu de ces difficultés, la section s'est arrêtée à une règle simple ; elle a pensé que quand les parties ont fixé elles-mêmes le taux des dommages-intérêts, leur prévoyance

(2) Fenet T. 2, p. 166, art. 49, L. III, T. II, Ch. II, sect. 3 du projet.

(3) Procès Verbal de la séance du 11 brumaire (3 nov. 1803 Fenet, t. 13 ».

ne devait pas demeurer sans effet, et qu'il fallait respecter leur convention, d'autant plus que, dans d'autres contrats, on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives..... »

Autrement dit, le Conseil d'Etat a entendu se référer à l'ancienne règle « *pacta sunt servanda* » que le code civil a développé d'une façon particulièrement énergique dans son article 1134 « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». L'article 1152 n'est qu'une application du principe de l'autonomie de la volonté ainsi énoncé.

La règle de la fixité comporte une exception au moins apparente ; l'article 1231 c. civ. dispose en effet que « la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ». Nous aurons à examiner plus loin comment il faut comprendre ce texte et s'il y a encore d'autres exceptions. Retenons cependant dès maintenant qu'ici encore le code civil n'a pas copié servilement Pothier, lequel donnait de cette règle une formule beaucoup plus étroite et pour ainsi dire mathématique ; « la peine n'est dûe qu'à proportion et quant à la part pour laquelle elle n'a pas été exécutée ».

Autre modification de détail : Pothier disait que « selon nos usages, soit que l'obligation primitive contienne un terme, dans lequel elle doit être accomplie, soit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure », et pour donner par conséquent ouverture à la peine. On appelait dans la pratique interpellations judiciaires les assignations en justice, et interpellations extra-judiciaires, les sommations, commandements et autres actes semblables hors l'instruction.

Le projet primitif du code reproduisant Pothier en cette matière portait que « soit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doit être accomplie, soit qu'el-

le n'en contienne aucun, la peine n'est encourue que lorsque le débiteur a été mis en demeure par une interpellation judiciaire, à moins que l'obligation principale ne soit de telle nature qu'elle n'ait pu être remplie utilement par le créancier que dans un certain temps ».

Mais se référant aux discussions concernant la demeure qui aboutirent à la rédaction de l'actuel article 1146, on finit par adopter le texte plus large qui constitue l'article 1230 : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure ». Par conséquent, pour mettre quelqu'un en demeure, point n'est besoin d'une assignation en justice ; un acte extra-judiciaire suffira, et même quelquefois le simple terme vaudra mise en demeure.

Ajoutons, pour en finir avec les divergences de Pothier et du code que ce dernier ne prévoit pas le cas où la contravention à l'obligation par le débiteur est faite envers un seul des héritiers du créancier. L'opinion de Pothier sur ce sujet aura donc une grande autorité et elle a été acceptée par la majorité des auteurs.

Quant à toutes les autres règles, comme nous l'avons dit plus haut, le législateur de 1804 n'a fait que consacrer les règles posées par l'illustre juriste du XVIII^e siècle.

§ XXII

Tandis que certaines conventions, en particulier celles qui tendent à diminuer ou à supprimer la responsabilité du débiteur et que l'on a accoutumé de rapprocher de la clause pénale n'ont pour ainsi dire pas de textes généraux qui les ré-

gissent (1), cette dernière, au contraire, a été expressément prévue à trois endroits différents du code civil.

Quelques textes spéciaux du droit des assurances et de la législation ouvrière, que nous verrons plus loin, sont venus s'y ajouter pour en modifier certaines de ses applications. Mais jusqu'à présent additions et changements demeurent tout à fait limités.

Tous ces textes, appuyés par les précédents historiques nous permettent d'évoluer sur un terrain, sinon tout à fait stable, du moins relativement solide, tandis qu'une étude sur les conventions d'irresponsabilité comme celle qu'a entreprise non sans mérite M. Paul J. Durand (2), est obligée de s'aventurer sur des flots mouvants, à la suite d'une jurisprudence qui cherche en vain un port d'attache.

Pour nous, le ciment romain maintient encore la majeure partie de l'édifice ; le droit canon y a ajouté quelques ailes d'un style nouveau ; et le code civil a adopté le tout sans essayer de raccorder entre eux suivant un ordre trop logique ces deux legs du passé.

L'article 1152, le premier texte que nous trouvons sur notre matière est compris dans la section 4 du chapitre III, titre III, livre III du code civil. Ce chapitre III traite « de l'effet des Obligations » et la section 4 est intitulée « des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ».

Voilà donc, tout d'abord, et de par la volonté du législateur, la clause pénale rattachée à la théorie générale des effets des obligations et plus particulièrement à celle des dommages-intérêts. Et cela est naturel puisqu'elle y plonge, depuis un lointain passé, de solides racines. Est-ce à dire, ce-

(1) Voir dans la thèse de M. Paul J. Durand une énumération des textes spéciaux concernant les conventions d'irresponsabilité, et notamment la loi Rabier du 17 mars 1905 modifiant l'art. 103 c. com. et interdisant au voiturier toute clause d'exonération.

(2) Paul J. Durand, Des conventions d'irresponsabilité, thèse Paris 1931.

pendant, qu'elle doive comme certains auteurs le soutiennent lui être entièrement subordonnée ? Nous ne le pensons pas, car ce serait méconnaître totalement son caractère original, nous dirons même originel qui fait que si elle souffre la comparaison avec mainte institution, elle ne saurait toutefois être confondue avec aucune.

La place occupée par les articles 1226-1233, seconde série de nos textes, au chapitre VI (tit. 3, liv. 3) qui énumère et règle les diverses espèces d'obligations, nous indique que la clause pénale constitue aussi une modification, une modalité de l'obligation et qu'il nous faudra la rapprocher aussi mais pour la distinguer soigneusement, il est vrai, des obligations conditionnelles facultatives, alternatives etc....

L'article 2047, au titre des transactions, par son allusion à la peine privée, ajoute encore à la complexité et nous osons dire à la bigarrure de cette institution.

CHAPITRE II

THEORIE DE LA CLAUSE PENALE

Constructions abstraites des auteurs suisses Mauler et Secrétan. — Différentes opinions de la doctrine française
De la clause pénale dans les actes à titre gratuit. - Conclusion

§ XXIII

Etudier la clause pénale en droit français contemporain, la définir, la décrire, en indiquer les fins, montrer l'utilité de son usage dans les actes de la pratique, dégager ses caractères distinctifs et les effets qui en dérivent, constitue donc

une tâche particulièrement délicate, mais dont l'intérêt ne saurait être exagéré.

La difficulté de cette tâche provient tout d'abord de ce que les rédacteurs du code, inspirés qu'ils étaient comme nous l'avons vu, par une double tradition, romaine et canonique n'essayèrent pas, d'ordonner entre elles des règles se rattachant à des conceptions différentes, de les harmoniser, et de les fondre dans une théorie uniforme et logique. A vrai dire, leur œuvre fut purement empirique. Ils ne surent ou ne voulurent se décider d'une façon indiscutable pour l'une ou l'autre des conceptions possibles de la clause pénale. Certes c'est dans sa fonction réparatrice qu'ils l'envisagèrent surtout, mais ils ne tirèrent pas de ce choix toutes les conséquences qu'il comportait. Du reste, nous ne pensons pas qu'ils aient mal fait.

Il était difficile et même illusoire, croyons-nous, de se placer sur le terrain de la pure logique juridique. Deux auteurs modernes, de nationalité suisse, marchant sur la trace l'un de l'autre, MM. Mauler et Secrétan, ont cependant essayé de faire de la clause pénale une théorie abstraite et rationnelle ; au lieu d'analyser cette institution dans une législation donnée, suisse ou française, par exemple, ils ont préféré l'envisager d'abord « in abstracto ». Ils se sont demandés ce qu'elle pouvait être en droit pur, nous voulons dire dans un droit idéalement logique, sans tenir compte des législations positives, ni même de l'histoire. Dégageant les deux conceptions possibles, celle de la clause pénale pure peine et celle de la clause pénale forfait de dommages-intérêts, ils les opposèrent systématiquement et pour ainsi dire brutalement l'une à l'autre : « l'obligation de payer une peine, dit M. Mauler (1), et celle de réparer un dommage sont deux obligations bien distinctes visant des buts différents, et dont la naissance ne peut logiquement être subordonnée aux mêmes condi-

(1) Mauler, De la nature de la clause pénale p. 12.

tions ». Et il trace plus loin un tableau schématique de ces conditions (2) :

- a) si la clause pénale a la nature d'une peine ;
- b) si la clause pénale a la nature d'une évaluation contractuelle de dommages-intérêts ;
 - . - a) son application est subordonnée à une faute du débiteur ;
 - b) elle est encourue par le débiteur même sans faute de celui-ci.
- 2. - a) le débiteur est tenu d'exécuter et l'obligation principale et la peine ;
- b) le débiteur est tenu, au choix du créancier, soit à l'exécution de l'obligation principale, soit au paiement de la peine ;
- 3. - a) la peine doit être payée intégralement, même s'il y a accomplissement partiel de l'obligation principale.
- b) la peine n'est payée que pour partie, s'il y a eu exécution partielle ;
- 4. - a) la peine est encourue même si le créancier n'a subi aucun dommage ;
- b) la peine est modifiée selon le dommage subi par le créancier.
- 5. - a) elle ne passe pas aux héritiers du débiteur ;
- b) elle passe aux héritiers du débiteur ;
- 6. - a) elle peut consister en une prestation quelconque ;
- b) elle consiste en une somme d'argent ;
- 7. - a) la peine excessive est modérée par le juge selon la nature et la gravité de la faute ;
- b) la peine excessive est réduite par le juge selon le dommage subi par le créancier.
- 8. - a) la peine peut être jointe à une obligation considérée par la loi comme nulle ;
- b) la peine suppose une obligation parfaitement valable.

(2) id. pp. : 13 et 14.

Après avoir rappelé cette étude préalable, Secrétan, dont l'ouvrage fait suite pour ainsi dire à celui de Mauler, essaie de rattacher la clause pénale de chacun des différents droits positifs modernes tantôt à l'une tantôt à l'autre de ces conceptions ; et en ce qui concerne la clause pénale française. il déclare qu'elle est purement et simplement une application de la conception réparative.

Cette méthode, pour ingénieuse qu'elle soit, et quelle que soit son utilité à certains égards, nous paraît trop artificielle et ce n'est pas certes en la suivant que nous arriverons à définir la clause pénale dans sa plénitude et sa complexité. Car, contrairement à ce qu'en dit Secrétan, en droit français, elle ne dépend entièrement ni de l'une ni de l'autre conception mais participe des deux à la fois. La meilleure preuve, c'est qu'en suivant nos deux auteurs suisses sur leur propre terrain, nous n'arriverons pas à un résultat satisfaisant. Ainsi, si la clause pénale française était ce qu'ils disent : 1) elle devrait être encourue par le débiteur même sans faute de sa part ; or nous savons qu'en droit français, le débiteur pourra se libérer en prouvant que son inexécution résulte du cas fortuit, de la force majeure ou de toute autre cause qui lui est étrangère ; 2) la peine devrait être modifiée selon le dommage subi par le créancier ; tel n'est pas le cas ; la peine ne peut être modifiée (art. 1152) ; 3) elle consisterait en une somme d'argent ; l'article 1226 laisse entendre qu'elle pourrait être une chose quelconque ; 4) la peine excessive serait réduite par le juge selon le dommage subi par le créancier ; nous avons vu que l'article 1152 ne le permet pas.

Nous devons donc nous écarter de la méthode de MM. Mauler et Secrétan et essayer d'analyser la clause pénale en droit français en tenant compte de tous ses éléments constitutifs.

§ XXIV

Malheureusement la plupart des auteurs (mais non pas tous) on ajouté aux difficultés déjà existantes ; n'ayant examiné que superficiellement la question, ils n'ont voulu voir dans notre clause, qu'une simple évaluation de dommages-intérêts. Ce n'est qu'à une époque relativement récente que la complexité du problème leur est apparue.

Ainsi Baudry-Lacantinerie et Barde disent (1) : « En réalité, la clause pénale n'est pas autre chose que l'évaluation faite par les parties des dommages-intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution (dommages-intérêts compensatoires) ou le retard dans l'exécution de l'obligation (dommages-intérêts moratoires). Ainsi, dommages-intérêts conventionnels et clause pénale sont une seule et même chose ». De même Huc (2) déclare que « le seul but de la clause pénale est de fixer par anticipation à forfait les dommages-intérêts ».

Cependant ces deux mêmes auteurs ont vaguement senti qu'elle constituait en même temps « un moyen indirect de contrainte », sans préciser ni développer cette idée.

Cette manière de voir trouve sa justification dans l'article 1229 du code civil qui dispose : « la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». On a beaucoup argumenté (l'ingéniosité des commentateurs étant infinie) sur l'expression de compensation ; d'aucuns l'ont voulue prendre dans le sens proprement technique qu'elle a dans les articles 1289 et suivants du code civil où elle est définie comme un mode d'extinction de l'obligation. C'est là vaine subtilité ou pure superstition des mots. Demante et Comet de Santerre (3) repoussant toutes ces arguties ont fort bien dit ;

(1) Obligations, 2, n. 1343.

(2) VII, n. 366, p. 488.

(3) Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique de code civil, t. 5, p. 284.

« la disposition de l'article 1152 démontre que le mot compensation signifie simplement représentation ou estimation ».

Quoi qu'il en soit, si nous devons nous en tenir à l'opinion des auteurs précités et à la définition de l'article 1229, la clause pénale ne serait pas autre chose qu'une évaluation anticipée de dommages-intérêts ; elle n'aurait pour seule fonction que la réparation d'un préjudice subi par le créancier.

Un point de vue aussi étroit, nous l'avons déjà dit, ne saurait être admis, même en droit français. La clause pénale a en réalité des fonctions multiples que de nombreux auteurs ont soulignées. Demolombe (4) dans son *Traité*, dit notamment : « Cette clause a un double but, soit d'assurer l'exécution de l'obligation principale dont elle resserre les liens en y ajoutant une sanction, soit de déterminer d'avance par l'accord volontaire des parties le montant des dommages-intérêts qui seront dûs par le débiteur au créancier en cas d'inexécution ». Larombière est encore plus explicite (5) : « Cette clause, dit-il, indice de défiance et moyen de sûreté, joue un rôle assez important dans la pratique du droit. Elle resserre le lien de l'obligation ; elle supplée la loi et le juge, en faisant elle-même la loi privée des parties et en constituant une condamnation anticipée et volontaire, pour le cas éventuel d'une inexécution. Comme sanction **pénale** d'une infraction civile, elle procure ainsi aux contractants une garantie plus précise et une sécurité plus complète ».

Voilà donc indiquées les deux fonctions essentielles de la clause pénale : évaluation anticipée de dommages-intérêts ; peine civile faisant pression sur le débiteur par la menace qu'elle tient suspendue sur sa tête, et le frappant en cas de faute de sa part. Mais elle peut servir encore à d'autres usages ; MM. Planiol et Ripert (6) ont su l'indiquer : « Les

(4) *Traité*, t. I, n. 635.

(5) *Théorie et pratique des Obligations*, t. 4, p. 2.

(6) T. VII, 2e partie, p. 172-73, n. 867.

clauses pénales servent d'abord à liquider conventionnellement et à forfait les dommages-intérêts, ce qui supprime toute difficulté sur l'évaluation des dommages-intérêts par le créancier... Mais il s'en faut de beaucoup qu'elles (les parties) cherchent toujours par là à assurer la correspondance la plus exacte de l'indemnité au préjudice réel.... Sous cet aspect, la clause pénale devient un instrument assez injuste, établissant de véritables peines privées au profit du créancier ou exonérant le débiteur de toute responsabilité ».

Cette dernière fonction la rapproche très étroitement de la clause limitative de responsabilité avec laquelle elle ne se confond pas, ainsi que nous le verrons plus loin. Mais dans ce cas, il est certain qu'il y a une déviation, et pour ainsi dire une corruption de l'essence et des fins de la clause pénale. Car si à la rigueur on peut concilier et pour ainsi dire réduire au même dénominateur sa fonction réparatrice et sa fonction pénale, il paraît bien difficile de faire admettre qu'elle a été créée pour réduire la responsabilité du débiteur. Les rédacteurs du code n'ont certainement pas pensé à lui faire jouer ce rôle. Mais la forme qu'ils ont donné à la clause pénale fait que malgré eux malgré elle, l'ingéniosité et la malice des hommes lui ont imprimé dans certains cas une nouvelle direction comme un fleuve qu'on détourne de son cours.

§ XXV

Au « Vocabulaire Juridique » publié sous la direction de M. Capitant, nous trouvons de notre clause deux définitions que l'on a nettement séparées pour bien marquer sans doute la différence de ses deux fonctions :

I. - « Clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent à forfait et d'avance les dommages-intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution des obligations contractées (c. civ. 1152 - 1226 et suiv.). »

II. - « Clause comminatoire par laquelle une personne s'engage à payer une somme déterminée en cas d'inexécution de son obligation. Spécialement, clause insérée dans une donation partage ou un testament par laquelle le disposant déclare réduire à la réserve légale ou exclure de sa succession ses héritiers pour le cas où ces derniers demanderaient la nullité d'un legs ou d'une disposition quelconque de son testament. Elle n'est valable que si la disposition testamentaire dont il veut assurer l'exécution n'est pas contraire à la loi ou aux bonnes mœurs ».

Cette façon de procéder, nécessaire peut-être dans un lexique pourrait donner à croire qu'il y a là deux institutions n'ayant entre elles de commun que le nom. Cette crainte n'est pas illusoire, puisqu'un auteur comme Robineau a bâti tout un ouvrage autour de cette idée (1). Voici ce qu'il en dit notamment :

«.... Par suite de cette liberté que le code civil reconnaît à tout disposant d'apposer à ses libéralités les conditions et charges qu'il juge convenables, il est impossible d'énumérer toutes celles qui sont d'un usage fréquent. Nous ne voulons ici étudier qu'une seule de ces modalités, la clause pénale, qui se distingue des autres charges **en ce que le but est d'assurer l'exécution d'une première disposition.** » (2).

«.... Le nombre imposant de jugements et arrêts que les tribunaux et les Cours ont rendu sur ce sujet (au sujet de la clause pénale insérée dans les actes à titre gratuit), prouve que malheureusement et malgré l'emploi très fréquent qu'on fait de la clause pénale, nous n'avons aucun texte de loi précis énonçant la nullité ou la validité. Le législateur de 1804 semble en effet avoir totalement oublié d'établir des règles au sujet de la clause pénale dans les actes à titre gratuit. Le code civil s'occupe bien dans les articles 1226 et suivants d'une

(1) Robineau, de la clause pénale dans les actes à titre gratuit, thèse Paris 1896.

(2) Robineau, pp. 41 et 42.

clause pénale insérée dans les conventions. Il ne dit rien au contraire sur celles qui renferment les actes à titre gratuit ; or ces deux sortes de clause n'ont de semblables que le nom. La clause pénale dont le code s'occupe dans les articles 1226 et suivants est la convention par laquelle une personne s'engage à quelque chose pour le cas qu'elle n'exécuterait pas, ou n'exécuterait que tardivement, une obligation qu'elle a contractée, et la peine est ce que cette personne s'engage à donner à titre de dommages et intérêts. Cette clause a donc l'avantage de soustraire l'évaluation de ces dommages et intérêts à l'appréciation arbitraire et coûteuse du juge.

« Ainsi que nous le savons le but que se propose celui qui insère dans son testament une clause pénale est tout autre ; il veut, non pas fixer le chiffre des dommages--intérêts quelconques, mais bien faire ce qui est en son pouvoir pour assurer l'exécution de sa volonté » (3).

Ces citations que nous avons voulu abondantes, décèlent chez leur auteur beaucoup de confusion, et montrent qu'il est tombé dans la même erreur que ceux qui veulent que la clause pénale ne soit rien d'autre qu'une évaluation de dommages-intérêts. A la thèse de Robineau nous répondons :

1) Les articles 1226 et suivants en parlant de conventions n'ont pas distinguée entre celles qui sont conclues à titre gratuit et celles qui le sont à titre onéreux. La donation étant un contrat (art. 894 c. civ.), on ne voit pas pourquoi on ne pourrait pas insérer de la même façon que dans un contrat à titre onéreux une clause pénale pour le cas où le donataire n'exécuterait pas une obligation qu'il s'est engagé à remplir par son acceptation.

Nous répliquera-t-on que dans les donations la clause pénale prévue consiste la plupart du temps non dans le paiement par le donataire défaillant d'une somme d'argent prise

(3) Robineau, pp. 41 et 42.

dans ses propres biens, mais dans la privation d'un ou de tous les avantages de la donation ?

Il convient de faire remarquer à celà qu'en vertu de l'article 1226 l'objet de la clause pénale est indifférent, qu'il peut être une somme d'argent, un objet quelconque ou même une abstention ou une privation.

Ajoutons encore que Robineau tout au long de sa thèse n'a pas l'air de se douter que la donation avec charge est au moins partiellement un contrat à titre onéreux, que souvent même, quoique gardant l'apparence d'une libéralité, elle est un acte complètement à titre onéreux ; dans ce genre d'actes, l'on passe à travers « des nuances aussi indiscernables que celles du cou de la colombe » de l'acte à titre gratuit à l'acte à titre onéreux. (4)

Il est vrai de dire avec Robineau qu'au chapitre de la clause pénale, le législateur n'a pas fait allusion au testament. Mais était-ce bien utile ?

Certes, on ne peut dire que le testament soit une convention puisque l'échange des consentements ne se fait pas du vivant des deux intéressés et que le testateur peut toujours révoquer ce qu'il a fait. Mais n'y a-t-il pas cependant des analogies suffisantes pour nous permettre de l'assimiler à une convention, en ce qui concerne tout au moins la nature et les effets de la clause pénale qui y est jointe. Le bénéficiaire d'un legs donne bien son consentement au testament et à toutes les obligations qu'il contient, puisqu'il peut le refuser également. En forçant un peu les termes, il est permis de dire que du côté du légataire, le testament est un contrat d'adhésion.

2) Aussi bien dans les actes à titre gratuit que dans les actes à titre onéreux la clause pénale est une obligation accessoire adjointe à une principale et la sanctionnant. Son rôle

(4) Voir Cours de doctorat de M. Ripert sur « la notion des libéralités ». - Les Cours de Droit, année 1930-31.

le essentiel, sa raison d'être, c'est d'aider à l'exécution de l'obligation principale. L'article 1226 l'a nettement exprimé quand il dit : « la clause pénale est celle par laquelle une personne, **pour assurer l'exécution d'une convention**, s'engage à quelque chose etc... » Il importe peu qu'il s'agisse d'un acte à titre onéreux, d'une convention ou d'un acte unilatéral, comme le testament. Celui qui passe un contrat à titre onéreux entend qu'on respecte sa volonté exprimée et acceptée aussi bien que celui qui fait une libéralité par donation ou testament.

Quand Robineau dit que la clause pénale est une simple évaluation de dommages-intérêts, il prend ce qui est secondaire pour ce qui est principal, ce qui n'est qu'une conséquence pour ce qui est l'essence de la clause pénale, et il supprime tout ce que dans le code civil indique que la conception du législateur était plus large que la sienne.

Pour en finir avec cette question, nous pouvons dire avec Larombière (5) : « La stipulation d'une clause pénale peut avoir lieu dans un testament aussi bien que dans un contrat. La volonté du testateur n'est pas plus gênée dans son expression que celle d'un contractant, et les principes qui les régissent sont exactement les mêmes ».

§ XXVI

Nous avons tenu à citer tous ces auteurs pour souligner les incertitudes et les flottements auxquels donne lieu le caractère complexe de la clause pénale. Il nous semble cependant que tout peut se ramener à un principe unique que Savigny mentionne dans son « Droit des Obligations » et que le code civil exprime, ainsi que nous l'avons vu dans son article 1226 : d'une façon générale, nous pouvons dire que la

(5) Larombière, Théorie et Pratique des Obligations t. 3, p. 2.

clause pénale est un des nombreux moyens que la vie juridique a engendrés pour renforcer les effets réguliers de l'obligation, et pour en assurer en conséquence l'exécution d'une façon plus efficace que la simple menace de dommages-intérêts judiciaires. C'est une de ces institutions que l'homme a inventées dans la crainte où il est de voir ses volontés légitimes rester sans effet et dans son désir contraire de les faire exécuter ; c'est son besoin de sécurité ou plus exactement peut-être de certitude, et aussi la prévision de son ressentiment éventuel qui le poussent à employer la clause pénale. Peu importe la conception qu'il en a ; l'effet psychologique obtenu est le même ; le débiteur connaissant la menace suspendue sur sa tête, en cas d'inexécution, ne s'embarrasse pas de connaître sa nature véritable. Il sait certainement et précisément ce que lui coûterait sa défaillance.

Ce principe directeur - assurer l'exécution d'une obligation — étant dégagé, on peut penser qu'une simple évaluation de dommages-intérêts, autrement dit la fixation aussi sincère que possible d'un préjudice éventuel, suffira pour que la clause pénale remplisse son office ; et nous avons ainsi la clause pénale réparatrice ; les esprits peu enclins à croire à la raison et à la bonne foi de ceux qui ont à remplir envers eux des obligations, préfèrent prévoir dans les actes qu'ils passent des sanctions sans rapport avec le dommage réellement causé : nous avons alors une clause pénale à caractère punitif. « Par où il apparait, comme le remarque M. Hugueney (1), qu'en droit français, le caractère pénal de l'institution résultera beaucoup moins d'une réglementation législative que les auteurs du code ont sagement évité de rendre tyrannique ou d'une jurisprudence que ses pouvoirs limités n'autorisent guère qu'à ne point contredire aux idées pénales et qui n'a point mission d'en favoriser le développement, que

(1) Hugueney (Louis) : L'idée de peine privée en droit contemporain, Thèse Dijon 1904, p. 186.

de la volonté des parties, qui, libres d'élever à leur caprice le montant de la clause pénale, jouissent par là de la faculté de lui communiquer selon les cas une dose plus ou moins forte de pénalité ».

Ainsi donc la clause pénale constitue un excellent moyen de pression sur le débiteur ; c'est une épée de Damoclès suspendue sur sa tête. Mais elle offre bien d'autres avantages pour celui qui l'a stipulée. Le créancier qui réclame le paiement de la peine, n'a pas à faire la preuve de préjudice ni du montant du préjudice. La simple inexécution de l'obligation principale par le débiteur entraînera la commise de la peine.

CHAPITRE III

FORME ET OBJET DE LA CLAUSE PENALE

Diversité des formes de la clause pénale.

Variété de son objet

§ XXVII

Nous avons vu précédemment que la clause pénale pouvait être adjointe tant aux actes à titre gratuit qu'aux actes à titre onéreux. Elle peut servir même à sanctionner des contrats portant sur des obligations légales. Ainsi en a décidé le Tribunal Fédéral suisse ; mais Secrétan pense qu'une telle convention est contraire à l'ordre public (1).

Nous pensons qu'en droit français, il faudrait se ranger à ce dernier avis. On pourrait par une argumentation spécieuse dire que ce genre de convention ne faisant que renforcer une obligation légale, celle de fournir des aliments à un parent, par exemple, doit être déclarée valable. Mais qui ne voit que si la clause pénale peut en effet jouer ce rôle, elle peut également servir à tourner une loi impérative lorsqu'elle est fixée à un chiffre dérisoire.

La forme sous laquelle la clause pénale est insérée dans tous ces actes importe peu, le droit moderne n'étant pas formaliste. Dans la plupart des cas, elle se trouve faire corps avec l'acte principal. On rédige tout d'abord les clauses qui prévoient et qui réglementent les obligations que l'on désire voir accomplir, et l'on fixe à la fin de l'acte les sommes ou

(1) Secrétan, thèse, pp. 68-69.

toutes autres prestations qui seraient dûes en cas d'inexécution.

Dans le cas où l'acte comporte différentes obligations à la charge des contractants, l'on peut prévoir plusieurs peines égales ou inégales, pour sanctionner chacune d'entre elles ; dans un même acte, on peut insérer également des peines dites compensatoires pour le cas d'inexécution totale et des peines dites moratoires pour le cas de retard. Ces dernières se présentent souvent sous la forme d'une certaine somme par jour de retard et par là se confondraient presque avec l'astreinte si le résultat final n'était pas différent.

La clause pénale peut également être stipulée par acte séparé et postérieurement à la convention principale. Elle n'a même pas besoin d'être rédigée en termes exprès ; elle peut être implicite. Le tribunal de Montbrison, dans un jugement du 4 août 1854 (2), a décidé qu'elle pouvait résulter des circonstances suivantes : un cessionnaire de droits successifs se fait délivrer par son cédant une contre-lettre portant quittance d'un supplément de prix fictif, pour sanctionner l'engagement pris par celui-ci de ne pas attaquer l'acte. En cas de résiliation, le vendeur aurait été obligé de rembourser à l'acheteur, outre le prix réel payé, le supplément fictif qui constituait le montant de la peine. Le tribunal disait notamment dans ses motifs que « l'exécution stricte de cette clause pénale est un droit très légitime basé sur les règles de la justice, aussi bien que celles de l'équité, et qu'aux termes de l'article 1152 les tribunaux ne peuvent en aucune manière modifier les conventions de cette nature ».

(2) Tribunal de Montbrison, 4 août 1854, de Chénereilles c. Vimal-Lajarrige, S. 1858-1.195. - D. 1857.1.420. - Voir Laurent, t. XVI, n. 424. - Demogue, p. 480. - Ce jugement n'a pas été confirmé en appel et la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Appel ; mais ces deux dernières décisions n'infirmen en rien l'idée que la clause pénale peut résulter d'un simple ensemble de circonstances ; elles ont annulé la contre-lettre comme extorquée à l'inexpérience du cédant et entachée de fraude, mais non comme contenant une clause illicite.

Mais il a été décidé par la Cour de Rabat (3) qu'un versement à titre de garantie n'est pas une clause pénale implicite. Ici en effet, la nature du versement est bien spécifiée ; la garantie constitue un simple gage sur lequel le créancier se paiera, le cas échéant, tandis que dans le cas précédent, le cédant en consentant à signer une quittance d'un supplément de prix fictif a nettement marqué par là qu'il acceptait la pénalité. De même, le code suisse des Obligations, dans son article 159 considère que les retenues de salaire ne sont point des clauses pénales : « Lorsque dans un contrat de travail, une partie du salaire est retenue en vertu de la convention, cette retenue doit, sauf stipulation ou usage contraire, être envisagée comme un dépôt destinée à couvrir le dommage de l'employeur et non point comme une clause pénale ».

Une autre forme très fréquente de la clause pénale et que nous aurons l'occasion d'étudier spécialement, c'est l'amende que peut infliger un contractant à son co-contractant. Cette forme se rencontre particulièrement dans les contrats de louage de services ; elle fait partie de ce que l'on appelle le règlement d'atelier. On la trouve également dans le contrat d'engagement théâtral et aussi dans les contrats d'association. Ces amendes sont comminées pour le cas de faute disciplinaire, de malfaçon, de retard etc...

§ XXVIII

L'article 1226 c. civ. porte que la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une obligation, **s'engage à quelque chose en cas d'inexécution**. Le code civil n'exige donc pas que l'objet de la peine soit une somme d'argent à l'exclusion de toute autre chose. Les tra-

(3) Rabat 23 décembre 1925. Rec. Rabat 1926, 352, cité par M. Demogue, op. cit. p. 480.

vaux préparatoires ne laissent d'ailleurs aucun doute à cet égard. Lors de la discussion au Conseil d'Etat, Bigot-Préame-neu déclare : « Il est permis aux parties de régler, par une stipulation particulière, la forme de la compensation (de l'inexécution d'une obligation) » et Treilhard précisa : « on peut s'engager à fournir la compensation d'une autre manière qu'en donnant une somme d'argent ; les parties peuvent convenir, par exemple, que si l'obligation n'est point exécutée, le débiteur fera telle chose, comme d'aller pour le créancier dans un lieu qu'elles déterminent ».

Ainsi donc, par son objet, la clause pénale se sépare de la théorie des dommages-intérêts judiciaires, puisque l'article 1142 porte que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résoud en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » ; ce qui veut dire que toute obligation se résoud en une somme d'argent. Nous voyons au contraire que dans le cas de la clause pénale, une obligation peut se résoudre théoriquement au moins, en une autre obligation. Mais il est vrai de dire que dans ce cas, ses avantages diminuent sensiblement, puisqu'en fin de compte, il faudra s'adresser aux tribunaux, si le débiteur refuse d'exécuter la deuxième obligation, objet de la clause pénale ; le tribunal sera bien obligé d'évaluer le dommage.

« La clause pénale peut consister dans le droit d'intenter une action au profit d'un tiers. Ainsi un agent d'affaires stipule de son client que s'il est révoqué, le prêt qu'il a procuré deviendra de suite exigible. En cas de révocation il peut agir en remboursement. » (1).

« La clause pénale peut être stipulée au profit d'un tiers ; elle peut être stipulée au profit d'un fonds de prévoyance

(1) Caen, 17 mai 1911. D. 1912.1.125. - Rev. de droit civil, 1912, p. ; 739, cit. par M. Demogue, op. cit. p. 490.

même si indirectement le débiteur en profite en partie » (2), d'un bureau de bienfaisance (3).

On s'est demandé si la clause de déchéance n'était pas une clause pénale à contenu négatif. M. Demogue penche pour l'affirmative : « les déchéances résultant des polices d'assurances, dit-il ne sont que des clauses pénales à contenu négatif qui font perdre le droit à indemnité ». (4)

A vrai dire, clause pénale et clause de déchéance se touchent de près. Toutes deux sont la sanction prévue dans un acte juridique d'une inexécution de la part du débiteur. Toutes deux par la menace qu'elles tiennent suspendue sur la tête des contractants, les incitent à accomplir leurs obligations. Toutes deux, en bref, se rejoignent par leur contenu pénal. On peut dire que la clause de déchéance est une variété de clause pénale. Cependant la Cour de Cassation n'a pas été de cet avis (5). Elle y voit plutôt une résolution de contrat. Le résultat est que « l'assureur qui obtient la nullité du contrat est délié de son obligation d'indemniser l'assuré, mais qu'il doit restituer la prime qu'il a reçue, le versement se trouvant désormais sans cause (6) » ; au lieu que s'il y avait eu assimilation de la clause de déchéance à la clause pénale, l'assureur aurait eu droit aux primes (7).

(2) Cass. civ. 21 juillet 1899 P. F. 1900.1.383, cit. par M. Dem. p. 490.

(3) Secrétan, op. cit. p. 489.

(4) Demogue, p. 489.

(5) Huc, VII, n. 367. - Cass. 22 nov. 1921 D. 1925.1.116. - S. 1923.1.81. avec une note de M. Hugueney.

(6) Ripert, Droit Maritime, n. 2427.

(7) Lyon-Caen et Renault VI, n. 1454. - Danjon n. 1641 Contra Trib. com. Nantes 7 nov. 1921, Rec. Ass. 1922, 164 et ssq.

CHAPITRE IV

ANALYSES PARALLELES

SECTION PREMIERE

Des obligations conditionnelles. — alternatives. facultatives, et des novations conditionnelles.

§ XXIX

Il est de tradition chez les auteurs, avons-nous dit, de rapprocher des obligations sous clauses pénales les obligations conditionnelles, alternatives, facultatives et les novations conditionnelles. Ces rapprochements ne sont pas superflus. Ils s'imposent par les analogies au moins apparentes que l'on découvre dès l'abord entre ces différentes obligations ; ils nous aideront, d'autre part, à mieux faire ressortir les caractères propres de l'institution dont nous avons entrepris l'étude.

La condition, ou plus exactement l'obligation contractée sous la condition d'un fait dépendant de la volonté du débiteur, a, avec la clause pénale, des liens que nous qualifierons d'historiques. A Rome, la « stipulatio poenae » du premier type n'était pas autre chose, du point de vue de la technique juridique, qu'une obligation conditionnelle. De nos jours encore, certaines obligations que la plupart des auteurs rattachent à la clause pénale comme les stipulations et promesses pour autrui rendues efficaces par l'adjonction d'une peine, s'analysent en fin de compte, comme des obligations conditionnelles.

En dehors de ces apparentes exceptions, la clause pénale

elle-même, n'est-elle pas dans une certaine mesure, une obligation conditionnelle ? Son ouverture, en effet, n'est-elle pas subordonnée à la condition de l'inexécution, de la mauvaise exécution ou du retard dans l'exécution de l'obligation principale ?

Cela est vrai, mais il ne faut pas pousser trop loin cette assimilation. Dans le cas d'une obligation avec clause pénale, il y a deux obligations à envisager, l'une pure et simple, l'autre accessoire et conditionnelle, et dépendant pour naître à la vie de l'inexécution de la première. Mais dès l'abord, le droit du créancier est certain ; tout au plus, peut-il être soumis à un terme ; mais ce terme échu, il peut contraindre le débiteur à l'exécution de cette obligation principale par toutes les voies de droit ; ce n'est que dans le cas où il est impossible de la faire exécuter en nature qu'il se résignera à réclamer le paiement de la deuxième obligation, c'est à dire de la peine. Encore faut-il ajouter qu'il lui est loisible de refuser celle-ci et de demander la résolution du contrat. En revanche, le débiteur ne saurait contraindre le créancier à accepter le paiement de la peine, pour se libérer. L'offre qu'il ferait ne serait pas satisfaisante.

Un exemple d'obligation sous clause pénale pourrait se présenter sous cette forme : « Je m'engage à vous exécuter tel travail, et si je ne le fais, à vous payer mille francs à titre de dommages-intérêts. Pour qu'il y ait obligation conditionnelle, il faudrait dire : je vous promets mille francs, si je ne vous exécute pas tel travail.

Dans ce dernier cas, il convient de remarquer qu'il n'y a qu'une seule obligation et non pas deux, celle de payer mille francs, qu'elle est principale comme la première de l'obligation sous clause pénale ; incertaine et éventuelle, comme la seconde de celle-ci. D'autre part, le débiteur peut s'abstenir d'exécuter le fait dépendant de sa volonté et sous la condition de l'inexécution duquel il s'est engagé à payer mille

francs. Et le créancier ne saurait l'y contraindre ; il n'a pas d'action.

Dans la pratique, il est quelquefois difficile de distinguer si l'on est en présence d'une obligation conditionnelle, ou d'une obligation sous clause pénale.

Ainsi il a été décidé « que si un entrepreneur doit livrer un travail pour une certaine date avec droit à un certain boni pour chaque jour d'avance et somme à payer par jour de retard, il n'y a pas clause pénale, mais fixation conditionnelle de prix. Une mise en demeure est donc inutile » (1).

Cette solution avait déjà été donnée dans une espèce beaucoup plus ancienne et qui se présentait sous une forme à peu près semblable : un sieur Sannejouaud, architecte avait vendu à un sieur Vallée un terrain sur lequel existait une maison. Par le même acte, il s'était engagé à démolir la maison et à en bâtir une nouvelle avant la fin de mai 1827, à défaut de quoi il paierait à l'acquéreur « les intérêts à partir de cette époque, de toutes les sommes que celui-ci avait payées pour l'acquisition, les frais de contrat et les travaux ». La maison n'ayant été livrée qu'à la fin de 1828, l'acheteur assigna son vendeur en paiement d'une somme de treize mille quatre cent quatre-vingt dix sept francs cinquante pour intérêts à partir de la fin de mai 1827 des sommes par lui payées. Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris donnèrent gain de cause à Vallée. C'est alors que Sannejouaud se pourvut en Cassation et, se fondant sur les articles 1226 et 1230 du code civil, il déclara que les intérêts prévus au contrat étaient une clause pénale dont l'exigibilité était soumise à la formalité de la mise en demeure et que celle-ci n'ayant pas été faite, il ne devait rien. Mais la Cour de Cassation rejeta le pourvoi, considérant avec les juges du fait, qu'il y avait là une sorte de prix fixé sous condition (2).

(1) Demogue pp. 482, 483. - Trib. com. Marseille, 17 fév. 1909 Rec. Marseille, 1909.1.195. - Trib. Seine 26 avr. 1893, Droit, 16 mai 1893.

(2) Cass. déc. 1834 ; S. 1835.1.216. - Demogue, p. 483.

« De même si un marché est passé et que des abattements soient prévus sur le prix, si les marchandises livrées n'ont pas telle qualité, telle résistance, il n'y a pas clause pénale (3) ».

§ XXX

L'obligation alternative et celle avec clause pénale ne se ressemblent que superficiellement. Toutes deux comportent, en règle générale, deux choses (1) dont une seulement doit être finalement presté. Mais tandis que, dans la première, il n'y a qu'une seule obligation comprenant deux prestations entre lesquelles le débiteur aura à choisir au moment de l'exécution ; dans la seconde, nous nous trouvons en présence de deux obligations dont l'une est subordonnée à l'autre. Il s'ensuit qu'en cas de perte par cas fortuit ou force majeure de l'une des choses, objet de l'alternative, l'autre reste due par le débiteur et l'obligation devient pure et simple (art. 1193). Pour que celui-ci ne doive rien, il faudrait la perte des deux choses (art. 1195) ; tandis que si l'obligation principale contractée sous clause pénale est ainsi détruite, le débiteur est libéré complètement ; il n'était tenu, en effet que de l'obligation principale. A l'inverse, si c'est la chose, objet de la clause pénale, qui est détruite (à supposer qu'il s'agit d'un corps certain et déterminé et non d'une somme d'argent), l'obligation principale subsisterait toujours et se résoudrait en dommages-intérêts arbitrés par le juge, quand elle ne peut être exécutée en nature :

On ne peut juger immédiatement de la nature mobilière ou immobilière de l'obligation alternative, il faut attendre que le choix du débiteur se soit porté sur l'un ou l'autre des deux membres de l'alternative (supposés de nature différente) pour en décider. Autrement dit c'est au moment de

(3) Demogue, *ibid.*

(1) L'obligation alternative peut même comporter plus de deux choses.

l'exécution qu'on le saura, tout au moins en droit français (2).

La nature de l'obligation avec clause pénale est tout de suite connue : c'est l'obligation principale qui la détermine ; quant à la nature de l'obligation pénale elle-même, elle épouse complètement, à notre avis, celle de la principale.

Dans le cas d'une obligation alternative, « le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier » (art. 1190) et le premier est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation « (article 1189) ; dans l'obligation contractée sous clause pénale, au contraire, le choix : ne peut en aucune manière appartenir au débiteur, car autrement on irait à l'encontre de l'article 1226 et de la raison d'être de la clause pénale qui est de forcer à l'exécution de l'obligation principale ; et ce dernier ne pourrait se libérer en offrant de payer la peine.

Dans le cas où l'une des deux choses promises ne pouvait faire l'objet de l'obligation, l'article 1192 décide que « l'obligation est pure et simple quoique contractée d'une manière alternative ; d'où il résulte que si l'une des deux choses promises disjonctivement avait pour objet un fait illicite ou contraire aux bonnes mœurs, l'obligation serait pure et simple. Toutefois, les juges peuvent déclarer qu'en réalité les parties ont travesti en obligation alternative une obligation principale illicite sanctionnée par une clause pénale. Auquel cas, et conformément à l'article 1227, al. 1, » la nullité de

(2) Beaudry-Lacantinerie et Barde, *Obl.* 2, n. 1062. - Voir là une étude des deux systèmes concernant le moment de l'option entre les deux membres de l'alternative ; l'on sait que les auteurs allemands (Ihering en particulier) et le code civ. all. (art. 263, al. 1) soutiennent le système du choix pouvant résulter d'une simple déclaration de volonté tandis que la doctrine française préfère le système du choix se manifestant par l'exécution de l'une des obligations ou par des offres réelles suivies de consignation.

l'obligation principale entraînera celle de la clause pénale (3).

En droit allemand, le problème est légèrement différent : « la clause pénale constitue, dit M. Saleilles (4), ... une sorte d'alternative portant sur la peine et sur l'objet de la dette, de sorte que le créancier, lorsque les conditions mises à l'ouverture de son droit sont acquises, a le choix entre les deux facultés qui lui sont offertes ; ... Si le créancier choisit la peine, son choix est irrévocable, c'est le droit commun en matière d'alternative ; il ne pourra donc plus exiger à nouveau la chose... Mais si le créancier se décide pour l'exécution en nature, son choix n'est plus absolument irrévocable en ce qui touche la peine... Si donc l'exécution en nature n'est pas acquise ou devient impossible, d'impossibilité matérielle ou fictive, peu importe, le créancier peut revenir à la clause pénale et exiger la peine, non plus comme objet de l'alternative qu'il s'était ménagée, mais comme taux de l'indemnité qui lui est dûe ; il est vrai qu'il y faut cette fois une condition nouvelle, l'impossibilité matérielle ou fictive d'exécution... »

§ XXXI

A la clause pénale s'apparente aussi l'obligation facultative, expression mal choisie pour désigner ce que Huc appelle plus justement, mais il est vrai, beaucoup trop longuement « obligation comprenant une prestation facultative à côté de la prestation obligée » (1).

Toutes les deux comportent un objet essentiel et principal dont la perte par cas fortuit ou force majeure libère com-

(3) id. ibid p. 195, note 2.

(4) Saleilles (Raymond) Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand passim.

(1) Huc, N° 295, n. 295 ; - Beaudry-Lacantinerie et Barde, ibid. n. 1051, note 2.

plètement le débiteur. Leur nature, mobilière ou immobilière, est déterminée au moment de la création de l'obligation. Mais tandis que le débiteur, dans le cas de l'obligation facultative, peut se libérer valablement en payant, au lieu de la chose « in obligatione », celle qui est « in facultate solutionis », dans le cas de l'obligation sous clause pénale, comme nous venons de le voir, il ne fait pas d'offres satisfaisantes en proposant de payer la peine (2).

§ XXXII

Il arrive quelquefois que les parties ayant prévu une peine en cas d'inexécution, conviennent qu'après la mise en demeure, le créancier ne pourra plus exiger l'exécution de l'obligation principale, mais seulement le paiement de la peine. C'est ce que l'on appelle une novation conditionnelle (1), laquelle constitue une modification profonde et nous pouvons même dire un bouleversement complet de l'obligation sous clause pénale. En réalité il s'agit d'une institution différente que les juristes romains ont inventée (2) pour mitiger les rigueurs de la règle du cumul de l'obligation principale et de la peine dans les obligations de droit strict. Ils ont imaginé d'expliquer l'extinction de l'obligation principale et son passage dans la « poena » par ce qu'ils appelaient une « quasi-novatio ».

En droit moderne, « la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte » (art. 1273). Autrement dit, il est nécessaire que les parties la prévoient en termes exprès. Dans le doute, on devra sup-

(2) Colmet de Santerre, V, n. 162 bis II ; - Demolombe, XXVI, n. 646 ; Laurent, XVII, n. 433 ; - Huc, VII, n. 371 ; - Beaudry-L. et Barde 11, n. 1361.

(1) Secrétan, p. 104.

(2) Vide supra, n. 9.

poser que les parties ont entendu stipuler une clause pénale (3).

Il y a donc en fait, dans le cas de novation conditionnelle deux obligations différentes dont l'une (la seconde) est sous condition suspensive sans être cependant accessoire ; Le créancier, une fois le débiteur en demeure, ne pouvant plus le contraindre à exécuter l'obligation principale, nous voyons que la fonction essentielle de la clause pénale prévue dans l'article 1226 n'est pas du tout accomplie dans la novation conditionnelle et qu'en conséquence ces deux institutions doivent être soigneusement distinguées.

SECTION II

De quelques obligations accessoires, - de l'arrhe et du dédit, - du contrat d'assurance, - des conventions d'irresponsabilité, - et de l'astreinte

§ XXXIII

Savigny, dans son célèbre ouvrage sur le « Droit des Obligations », après avoir indiqué les effets normaux des contrats, en étudie ce qu'il appelle les dérogations, lesquelles, dit-il, « consistent tantôt dans un renforcement et tantôt dans un affaiblissement des effets réguliers du contrat ».

Il range dans les premières dérogations, la clause pénale, le cautionnement, le gage, l'hypothèque, et l'arrhe, et dans les secondes le dédit et le pacte promissoire auxquels nous

(3) Pothier, n. 341 ; - Colmet de S., n. 164 bis ; - Aubry et Rau IV, p. 114 ; - Demolombe, XXVI, n. 652 ; - Larombière, IV, p. 14 (art. 1228 n. 4) ; - Laurent, XVII, n. 445 ; - Huc, VII, n. 372 ; - Beaudry-L. et B. II, n. 1347.

pouvons ajouter toute la gamme des « conventions d'irresponsabilité ».

La clause pénale, à n'en pas douter, renforce les liens qui unissent le débiteur à son créancier, en déterminant une deuxième obligation qui précise aux yeux de celui-là les conséquences de ses manquements. Elle a également ceci d'analogue avec le cautionnement, le nantissement et l'hypothèque qu'elle est une obligation accessoire, dépendant étroitement d'un acte principal d'où elle prend vie et avec laquelle elle s'éteint. Il s'ensuit que de même que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, elle entraîne aussi celle des autres contrats. En ce qui concerne le cautionnement, l'article 2112, al. 1, dit qu'il ne peut exister que sur une obligation valable. L'article 2180 porte que les hypothèques s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale. Mais l'utilité de la clause pénale n'est pas la même que celle de ces institutions. Le cautionnement, le nantissement et l'hypothèque sont des contrats de sûreté et des moyens de crédit. Ils permettent à celui qui a besoin d'argent de trouver assez facilement à emprunter, et aux créanciers, ils offrent des garanties contre l'insolvabilité éventuelle du débiteur. La clause pénale, elle, ne facilite en rien le crédit du débiteur et ne préserve pas le créancier des conséquences de l'insolvabilité de celui-ci. Elle constitue un moyen de pression contre sa négligence, son imprudence ou sa mauvaise foi. Mais elle n'est efficace que si le débiteur est solvable, parce que dans ce cas, il préférera exécuter son obligation principale plutôt que d'être condamné à payer une peine qui sera la plupart du temps plus onéreuse pour lui.

§ XXXIV

L'arrhe (1) est un contrat que l'on rapproche aussi de la clause pénale et qui effectivement a quelques analogies avec elle. D'une façon générale, l'arrhe est une somme d'argent (ou un objet) qu'une partie remet à l'autre comme accessoire d'une autre convention. Tandis que la clause pénale se conclut et forme ainsi une convention purement consensuelle, l'arrhe se donne et doit être rangée dans la catégorie des contrats réels. Pour pouvoir mettre en parallèle ces deux espèces de conventions, il convient de bien distinguer les différentes applications du contrat arrhal.

Dans les anciennes législations, c'était une solennité qui marquait le moment précis où se conclut le contrat principal. C'est ainsi d'ailleurs que Savigny l'envisage. « La dation des arrhes, dans un contrat, dit-il (2), constitue un indice de la perfection du contrat ». La volonté des parties lui donne ainsi dans des cas isolés, les mêmes caractères que présentait en général la stipulation romaine en qualité de contrat solennel. Cette fonction de l'arrhe n'a que des rapports lointains avec la clause pénale. Tout au plus rappelle-t-elle, si l'on veut, la stipulatio poenae romaine du premier type qui validait certains contrats, lesquels, sans elle, seraient restés inefficaces, et aussi, en droit actuel, la clause pénale jointe aux stipulations ou promesses pour autrui ; mais nous verrons ce qu'il faut penser de cette dernière.

En droit moderne, les arrhes comportent essentiellement trois applications :

1^o) Elles peuvent servir de moyen de preuve pour un autre contrat. Auquel cas, elles consistent la plupart du temps, dans une somme peu élevée.

(1) Voir Brissaud, Manuel d'histoire du droit privé, p. 420 et ssq. ; - Olivier Martin, Histoire de la Coutume de Paris, t. II, p. 473 et p. 512) ; - Savigny, op. cit., p. 417 ; - Pothier, t. VI, n. 42 et ssq. ; - Secrétan, passim.

2^o) id. p. 417.

L'article 1715, al. I du code civil fait allusion à ce rôle possible, quoiqu'il ne l'admette pas pour le bail verbal : « Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données ».

Ce rôle de preuve que joue l'arrhe lui est propre et n'appartient en aucune manière à la clause pénale.

2°) Dans certains cas, elles constituent un acompte sur le prix total. Il en est ainsi pour les couvertures que les agents de change ou les coulissiers demandent aux clients qui leur adressent des ordres d'achat et aussi pour les commerçants au détail ou les artisans qui « font verser des arrhes à la commande », selon la formule consacrée.

Ici l'arrhe est un moyen de sûreté et aussi quelquefois, peut-on dire, une espèce de « clause pénale réelle ». En cas que l'acheteur, par exemple, ne complète pas la somme totale fixée entre lui et le vendeur, celui-ci retiendra cette somme et la conservera, la plupart du temps à titre de dommages-intérêts, car il est assuré que l'acheteur ne viendra pas la lui réclamer. Mais souvent (si toutefois les frais de justice à avancer ne lui semblent pas excessifs eu égard à l'importance de l'affaire), il s'adressera aux tribunaux pour demander que son co-contractant complète le prix et prenne la chose commandée, ou à défaut, qu'il soit condamné à lui verser des dommages-intérêts qu'il évaluera au montant des arrhes versées si, commerçant avisé, il a su exiger de son client qu'il lui verse une somme correspondant au préjudice éventuel qu'il subirait en cas d'inexécution.

Il y a là un exemple du parallélisme étroit qui peut exister quelquefois entre l'arrhe et la clause pénale. Dans les deux cas, le créancier peut exiger l'exécution de l'obligation principale, et le débiteur ne peut se libérer valablement en offrant de renoncer aux arrhes versées ou de payer la peine ;

dans les deux cas aussi, les dommages-intérêts sont prévus à l'avance avec cette différence toutefois que les juges ne condamneront l'acheteur à une somme égale aux arrhes versées que si celles-ci sont égales au préjudice ; autrement dit et contrairement à ce qui a lieu pour la clause pénale, ils pourront condamner à une somme moindre ou plus forte. Mais celui qui a touché les arrhes a cet avantage sur celui qui a stipulé une clause pénale qu'il est garanti contre l'insolvabilité du débiteur.

3°) Enfin, les arrhes peuvent être un moyen de dédit. C'est ce rôle qu'elles jouent notamment dans la vente en droit français moderne. L'article 1590 parte que « si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

Le dédit est donc une des diverses modalités qui peuvent affecter les arrhes, mais celles-ci alors, « constituent non plus un renforcement, mais un affaiblissement du contrat » (3) ; les liens de l'obligation s'en trouvent détachés ; bien loin de menacer les contractants, de faire pression sur eux, les arrhes pénitentielles comme on les nomme par opposition aux arrhes confirmatoires que nous avons étudiées auparavant, leur laissent le temps de réfléchir, de se repentir et la faculté de se retirer du contrat, de se dédire sans qu'on puisse les contraindre à l'exécution de leur projet primitif.

On donne à cette forme de dédit le nom de dédit réel parce qu'elle suppose un versement ou une restitution ; mais le dédit peut être consensuel ; auquel cas, il n'a plus rien de commun avec l'arrhe. Il en est souvent ainsi dans les contrats de louage de services et particulièrement dans l'engagement théâtral. Le dédit consensuel est tout près de la clause pénale, et peut quelquefois dans la pratique être confondue

(3) Savigny, op. cit. p. 417.

avec elle. L'article 160, al. 3 du code suisse des Obligations porte que « le débiteur conserve la faculté de prouver qu'il a le droit de se départir du contrat en payant la somme stipulée ». L'article 162 ajoute : « les dispositions concernant la clause pénale sont applicables à la convention par laquelle les versements partiels effectués restent, en cas de résiliation, acquis au créancier ».

« En résumé, dit M. Secrétan, le dédit consensuel est une modalité de la clause pénale qui n'est jamais présumée, mais que le débiteur peut toujours invoquer. Loin de pousser à l'exécution de l'obligation principale, il permet en tout au débiteur de ne pas exécuter, quitte à payer le dédit stipulé (4) ».

C'est pour cette dernière raison que nous ne pouvons pas admettre en droit français l'idée que le dédit est un des caractères spéciaux de l'obligation pénale. Nous pensons même que ce caractère va à l'encontre du but visé par les contractants qui insère une clause pénale dans leur contrat. En droit français, la clause pénale sert à « assurer l'exécution d'une convention ».

Débit consensuel et clause pénale sont donc deux institutions qui se touchent de près, mais qu'on ne saurait confondre dans une bonne analyse juridique. Il convient d'ajouter cependant que dans la pratique, leurs effets arrivent quelquefois à une parfaite identité. Prenons, par exemple, une obligation de ne pas faire, telle que si l'on y contrevient, le préjudice n'est pas réparable, autrement que par équivalent; l'inexécution étant devenue définitive, que l'on ait prévu une peine ou un dédit, le résultat, pour le créancier, n'est-il pas le même ? Il ne peut plus demander aux juges la destruction de ce qui a été fait, puisque cela est impossible dans notre exemple. Il sera forcé de se contenter de la peine. Que si faculté avait été laissé au débiteur de l'obligation de ne pas

(4) Op. cit. p. 104.

faire, de se départir du contrat en payant un dédit, est-ce qu'en fin de compte, cela ne reviendrait pas au même ?

Pareillement, dans le cas d'une obligation de faire qu'il n'est pas possible de faire exécuter en nature par un débiteur récalcitrant, n'est-ce pas une même chose, quant au résultat qu'on peut obtenir, de stipuler un dédit ou une clause pénale.

Autrement dit, en l'espèce, ces deux institutions se confondent au point que souvent (mais pas toujours) dans la pratique, sinon en théorie, elles se confondent. C'est pourquoi le public qui ne s'embarrasse pas de ces subtilités juridiques emploie indifféremment l'une et l'autre expression, notamment comme nous l'avons dit dans les contrats de travail et l'engagement théâtral.

Il faut bien remarquer cependant que ces points d'intersection sont exceptionnels et qu'ils résultent moins de l'identité de nature des deux institutions que de la force des choses : il y a là, si nous osons dire, un cas de force majeure.

« Il a été soutenu, dit M. Demogue (5), (Giorgi, IV, n. 465) que le contractant est tenu de payer le dédit non seulement s'il veut abandonner le contrat, mais encore si celui-ci ne peut s'exécuter par sa faute. Ainsi le dédit jouerait subsidiairement le rôle de clause pénale ; cela paraît s'accorder avec l'intention des contractants. Aucune indemnité ne pourra donc être accordée sous prétexte de dommages plus importants ».

§ XXXV

De nombreux auteurs (1) ont rapproché la clause pénale de l'assurance sans d'ailleurs faire toujours la distinction entre l'opération d'assurance et le contrat d'assurance. Qu'est-

(5) Demogue, II, VI, pp. 484-85.

(1) Voir Secrétan, p. 484 ; - Mauler, pp. 13 et 14 ; - Demogue p. 480.

ce que le contrat d'assurance ? « C'est, dit Pothier, un contrat par lequel l'un des contractants se charge du risque des cas fortuits, auxquels une chose est exposée et s'oblige envers l'autre contractant de l'indemniser de la perte que lui causeraient ces cas fortuits, s'ils arrivaient, moyennant une somme que l'autre contractant lui donne ou s'oblige à lui donner pour le prix du risque dont il se charge ».

A lire cette vieille définition on pourrait croire que le contrat d'assurance peut être passé entre deux particuliers. Théoriquement cela se conçoit et d'ailleurs telle semble bien être la pensée de Pothier, et l'usage d son temps. Mais nous savons que le contrat d'assurance ne se confond plus aujourd'hui avec la notion de l'assurance, et que celle-ci est une institution qui du côté de l'assureur ne peut être organisée que par des professionnels. Donc, première différence avec la clause pénale, qui elle peut être stipulée par des parties économiquement égales.

En outre, l'assurance (nous pensons surtout ici à l'assurance de dommage et non à celle de personne, de nature tout à fait différente), est essentiellement un contrat d'indemnité qui a pour but de couvrir l'assuré de la perte qu'il a subie ; elle ne doit jamais être pour lui une cause d'enrichissement. Nous savons au contraire que l'on peut prévoir une peine supérieure au préjudice réel subi par le créancier.

Pour assimiler la clause pénale au contrat d'assurance, Mauler énonce les propositions suivantes (2) : « Le débiteur, en consentant à une clause pénale, assume-t-il la responsabilité des cas fortuits, ou la loi prescrit-elle que la clause sera encourue même si le débiteur est dans l'impossibilité d'exécuter par suite de cas fortuit ou de force majeure, notre contrat prend pour le créancier le **caractère d'une sorte de contrat d'assurance** ».

Cette appréciation du caractère de la clause pénale se

(2) Mauler, *ibid.*

comprend quand on sait qu'au moment où Mauler écrivait sa thèse, la Suisse était régie par le code des Obligations de 1881 qui disposait que la peine était encourue même s'il n'y avait pas faute de la part du débiteur. L'on sait que le Code des Obligations de 1912 a changé tout cela. L'article 163 de ce code porte en effet que « la peine stipulée ne peut être exigée..., sauf conventions contraires, lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible par l'effet d'une circonstance dont le débiteur n'est pas responsable... » Autrement dit on revient à la conception du code civil français qui libère le débiteur tant de la peine que de l'obligation principale, s'il y a cas fortuit ou force majeure. En droit français, comme dans le droit suisse actuel, nous devons donc rejeter l'idée que « la nature essentielle et originelle » de la clause pénale est d'être un contrat d'assurance, comme Ihering l'a brillamment soutenu dans une consultation qu'il rédigea pour la Compagnie du Gothard au cours du procès qui la mit aux prises avec l'entreprise du Grand Tunnel. (3).

§ XXXVI

Bien d'autres clauses ou conventions peuvent être rapprochées de la clause pénale ; ainsi celles qui fixent certaines bases pour le calcul des dommages-intérêts. M. Demogue dit que ce sont en quelque sorte des clauses pénales incomplètes (1).

Une autre variété de clause pénale peut être trouvée dans la clause dite de minimum ; dans le cas où elle est prévue, la clause pénale est obtenue par le créancier sans qu'il y ait à prouver le préjudice ni le montant du préjudice ; mais en outre, le créancier peut demander des dommages-intérêts su-

(3) Secrétan, *ibid.*

(1) Demogue, p. 484, - Cass. civ. 24 mars 1930, Jur. Havre, 1930.2. 108.

périeurs à ceux que l'on a prévus, à charge par lui de faire la preuve d'un préjudice supérieur.

A côté et à l'inverse des clauses de minimum, l'on trouve aussi des clauses dites de maximum que l'on appelle aussi « clauses limitatives de responsabilité ». Ces clauses limitatives de responsabilité se rattachent à ce que M. Paul J. Durand a appelé dans une thèse que nous avons eu déjà l'occasion de citer « les conventions d'irresponsabilité ». Dans son ouvrage, M. Paul Durand fait tout d'abord une distinction, pour lui fondamentale, entre « les conventions qui ont pour objet de déterminer les conditions d'existence de la responsabilité contractuelle ou délictuelle et pour effet d'empêcher cette responsabilité de naître (puisqu'en a disparu un des éléments constitutifs) et d'autre part, les conventions, différentes, par lesquelles un individu tout en reconnaissant l'existence de sa responsabilité, déclare qu'il n'entend pas en assurer les conséquences » (2).

C'est à cette dernière catégorie de conventions que se rattache la clause limitative de responsabilité que M. Durand définit ainsi : « la convention par laquelle le débiteur fixe en prévision d'une inexécution fautive de son obligation, le montant des dommages-intérêts que **pourra** toucher le créancier (3). Cette clause parfaitement licite et toujours reconnue valable par la jurisprudence (à condition que la somme prévue ne soit pas dérisoire) se distingue nettement des clauses d'exonération totale de responsabilité, lesquelles soulèvent d'extrêmes difficultés.

La jurisprudence a souvent assimilé la clause pénale à la clause limitative de responsabilité, et, pour valider celle-ci s'est appuyée sur l'article 1152 du code civil. Mais il nous paraît difficile de la suivre dans cette voie.

Sans doute, on peut dire que quelquefois la clause pénale

(2) Paul-J. Durand, des conventions d'irresponsabilité, Thèse Paris 1931, p. 29.

(3) Id. p. 359.

joue le rôle d'une convention limitative de responsabilité, ainsi que nous l'avons vu antérieurement. Il en est ainsi quand le débiteur, faisant la loi du contrat et prévoyant le cas où il serait responsable fait insérer une peine dont le montant est évidemment inférieur au préjudice que subirait éventuellement le créancier. Mais même dans cette conjoncture, il faut se garder des confusions, car les effets de l'une et l'autre clause diffèrent totalement : Si c'est une clause pénale qu'on a insérée, le créancier n'a pas à faire la preuve du préjudice ni du montant du préjudice et il ne peut lui être alloué une somme supérieure ni moindre que celle qui a été prévue ; s'il s'agit d'une clause limitative de responsabilité, le créancier est obligé de faire la preuve du dommage et si celui-ci est inférieur à la peine prévue comme maximum, il touchera une somme moindre ; mais jamais il ne pourra prétendre à une somme supérieure, même si les pertes sont plus élevées.

Autrement dit, tandis que par sa nature, la clause pénale est stipulée en faveur du créancier, la clause limitative est prévue surtout dans l'intérêt du débiteur. La plupart du temps d'ailleurs ce débiteur se trouve être une grande compagnie, qui économiquement plus forte que son co-contratant impose une clause que ce dernier n'accepterait probablement pas, s'il pouvait discuter les conditions de la convention.

§ XXXVII

Il ne nous reste plus, pour achever ces comparaisons qu'à rapprocher la clause pénale de l'astreinte. Ces deux institutions offrent en effet de nombreux points de ressemblance ; la Cour de Cassation n'a point hésité souvent à qualifier l'astreinte de « clause pénale judiciaire » (1). « Une théorie

(1) Cass. 15 nov. 1881. S. 82.1.52 ; - Besançon 25 juillet 1888. S. 90.2.191 ; - Cass. 18 juillet 1900 D. P. 1902.1.191.

voit dans l'astreinte, dit M. Hugueney (2), un succédané, un équivalent de la clause pénale, clause pénale judiciaire prenant place à côté de la clause pénale conventionnelle. C'est une idée que la doctrine repousse, mais que l'évolution de la clause pénale rendra peut-être plus acceptable ».

Clause pénale et astreinte ont toutes deux le même but : celui d'obliger le débiteur à l'exécution de son engagement. Elles constituent toutes deux une menace contre lui, mais l'une émane de la volonté même des parties, tandis que l'autre est, suivant la théorie la plus généralement adoptée, une application de l'impérium du juge.

Toutes deux se présentent la plupart du temps sous la forme d'une somme fixe ; pour l'astreinte, il est vrai, cette somme est fixée à tant par jour de retard, ce qui la rapprocherait d'avantage de la clause pénale moratoire.

Mais il est vrai de dire que si le juge ne peut, en vertu de l'article 1152, modifier la peine, il lui est loisible en matière d'astreinte, de revenir sur sa décision et de modifier, en le réduisant notamment, le chiffre total des astreintes prononcées. Il est même obligé, dans sa condamnation finale, de justifier le quantum des dommages-intérêts.

Cette dernière conséquence rapprocherait davantage l'astreinte de la théorie des dommages-intérêts judiciaires. Mais il n'est pas interdit de penser qu'un jour, soit par suite de l'évolution de la jurisprudence, soit en vertu d'une loi, le juge pourra prononcer des astreintes irrévocables, dont le montant pourrait être même supérieur au préjudice réel, pour faire respecter ses injonctions. Et alors, clause pénale et astreinte se confondront presque fatalement et ne différeront guère que par leur origine.

(2) Thèse précitée, p. 304.

CHAPITRE V

EFFETS DE LA CLAUSE PENALE

SECTION PREMIERE

Ouverture de la peine : mise en demeure, faute du débiteur et causes d'exonération. — Utilité de la clause pénale.

Persistance des effets de l'obligation principale : exécution en nature et droit de résolution

§ XXXVIII

Nous avons vu précédemment (1) que par certains de ses aspects, la clause pénale se rattachait à la théorie des effets de l'obligation, et plus particulièrement à celle des dommages-intérêts judiciaires. Quelques auteurs, se fondant sur la place qu'occupe l'article 1152 dans le code civil et sur la définition de l'article 1229, vont jusqu'à dire que toutes les règles qui régissent ceux-ci s'appliquent obligatoirement à la clause pénale, sauf dérogation expresse prévue par un texte précis. Telle semble bien avoir été la pensée du législateur dans la mesure où les travaux préparatoires, assez peu explicites en la matière, nous permettent de la saisir. Mais il faut remarquer que les dérogations apportées aux règles générales de la théorie des dommages-intérêts judiciaires par les articles 1229 et suivants et aussi par les conséquences qui se tirent du principe de la fixité énoncé dans l'article 1152 sont

(1) Vide supra .§ 22.

suffisamment nombreuses et importantes pour faire de la clause pénale une institution à part.

Nous aurons donc à examiner jusqu'à quel point la clause pénale suit l'institution cousine des dommages-intérêts judiciaires et de quelle manière elle s'en sépare et acquière une relative indépendance.

L'article 1146 porte que « les dommages et intérêts ne sont dûs que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation... » Parallèlement à ce texte, l'article 1230 dispose que « soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure ». Ainsi donc, une mise en demeure est nécessaire dans les deux cas, soit que l'on réclame le montant d'une peine prévue, soit que l'on demande des dommages-intérêts judiciaires (2).

La mise en demeure résultera des mêmes faits dans l'un et l'autre cas. La vieille règle romaine qui voulait que le simple terme emportât mise en demeure, lorsqu'une clause pénale avait été prévue, est complètement répudiée par le code civil (3). En droit moderne, elle sera faite ordinairement par une « interpellation », l'article 1139 dit par une « somma-

(2) Voir Cons. d'Et. 11 janvier 1933, Etat (Ministre des Régions libérées) c. Martin, Gaz. Pal. 1933.1.763 :

« Considérant qu'aux termes des art. 1139, 1146, et 1230 c. civ., les dommages-intérêts pour retard dans l'exécution des obligations, même quand ils résultent de l'application d'une clause pénale, ne sont dûs que du jour de la mise en demeure ; que la dispense de mise en demeure ne saurait résulter que de la volonté explicitement formulée par les parties ou déterminée par le juge d'après les circonstances particulières de chaque affaire en tenant compte notamment de la nature du contrat et des termes employés pour la stipulation de la clause pénale ... »

(3) Dans le projet de la Commission du gouvernement (I. II t. II, ch. III, sect. VI, art. 124) cette règle était exposée d'une façon plus détaillée que dans l'article 1230 : « Soit que l'obligation primitive contienne, un terme dans lequel elle doit être accomplie, soit qu'elle n'en contienne pas la peine n'est encourue que lorsque le débiteur a été mis en demeure par une interpellation judiciaire, à moins que l'obligation principale ne soit de telle nature qu'elle n'ait pu être remplie utilement par le débiteur que dans un certain temps ».

tion » ou par autre acte équivalent, c'est à dire, en matière civile, par un commandement, une saisie, une citation en conciliation et en matière commerciale, par une lettre missive, un télégramme etc.

La demeure pourra naître aussi de la convention des parties « lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure » (art. 1139). On est encore constitué en demeure par la volonté de la loi, soit par la nature des choses. Ainsi tout acte est inutile « lorsque la chose que le débiteur s'était obligée de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer » (1146). De même « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention » (1145). De même encore quand l'exécution de l'obligation a été rendue impossible par la faute du débiteur, ou quand celui-ci a clairement exprimé son intention de ne pas l'exécuter, toute mise en demeure formelle devient inutile.

L'état de demeure du débiteur, qu'elle résulte d'un acte quelconque, de la convention des parties, de la loi ou de la nature des choses, a donc pour effet de rendre exigibles dommages-intérêts ou peines conventionnelles. Elle constate le retard ou l'inexécution du débiteur et donc sa faute. Le créancier peut alors s'adresser à la justice et réclamer le concours de la force publique pour faire exécuter en nature l'obligation principale, toutes les fois que la chose est possible, et, à défaut, pour demander des dommages-intérêts qui seront arbitrés par les juges, à moins qu'ils n'aient été déjà évalués par les parties elles-mêmes. Toutefois le débiteur pourra se libérer de l'obligation principale et de ses succédanés judiciaires ou conventionnels en justifiant « que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée » (art. 1147) ou en arguant de la force majeure ou du cas fortuit. Autrement dit, pour que le débiteur doive des domma-

ges- intérêts ou la peine, il faut qu'il soit en faute. En droit français, nous sommes donc loin de la clause pénale « contrat d'assurance » de Ihering, Mauler et Secrétan. Nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen de la trop fameuse question de la faute contractuelle par opposition à la faute délictuelle. En réalité, en matière contractuelle (la seule qui nous intéresse), elle se ramène à une question de preuve. Le créancier fait la preuve de son droit et le cas échéant de la mise en demeure du débiteur. Si ce dernier ne justifie pas de l'exécution de son obligation ou que celle-ci est éteinte pour un motif légal, il est présumé fautif sauf les cas de libération cités plus haut.

§ XXXIX

Si le créancier réclame des dommages-intérêts, au lieu de demander l'exécution en nature de son droit, il lui faut prouver deux choses, d'abord que l'inexécution lui cause un préjudice, et deuxièmement que ce préjudice s'élève à tant de francs, car les dommages-intérêts ne s'évaluent qu'en argent (art. 1142).

Dans le cas où une peine a été prévue, au contraire, le créancier n'a pas à faire la preuve du préjudice, celui-ci est présumé ; il n'a pas non plus à faire la preuve du montant du préjudice : ce montant a été fixé ne varietur et par anticipation. D'où grand avantage pour le créancier qui souvent pourra se dispenser de s'adresser aux tribunaux, et qui de toutes façons, en cas de mauvaise foi de la part du débiteur, évitera au moins les lenteurs et les périls d'une expertise. La jurisprudence est constante sur ce point. Dans un arrêt relativement récent (1), le Conseil d'Etat n'a pas manqué, conformément

(1) Cons. d'Et. 9 mars 1928. D. 1930.3.13 (Cie des Scieries Africaines). - Voir aussi Req. 26 juin 1933, Souheur c. Louys, Gaz. Pal. 1933.2. 583 ; « Att., dit l'arrêt, que l'indemnité fixée à forfait par une clause pénale est, en principe, invariable, arbitraire, **exclusive du recours à une expertise.**

à la jurisprudence de la Cour de Cassation et à la sienne propre, de déclarer « que les clauses pénales stipulées dans le contrat sont, à raison de leur caractère propre, applicables sans que la partie contractante qui en réclame le bénéfice ait à justifier de l'existence d'un préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation pour laquelle le contrat a prévu une sanction de cette nature.... »

Différant encore en ceci des dommages-intérêts judiciaires, la peine conventionnelle (ou testamentaire) peut être autre chose que de l'argent ; elle peut consister en un corps certain, par exemple. Mais la chose est assez rare en pratique.

De même que les tribunaux peuvent allouer des dommages-intérêts soit pour inexécution soit pour retard, de même les parties peuvent convenir d'une clause pénale moratoire ou d'une clause pénale compensatoire, ou des deux à la fois.

Lorsqu'il n'a été prévu qu'une clause pénale compensatoire, en cas de simple retard dans l'exécution de l'obligation principale, le créancier pourra réclamer des dommages-intérêts moratoires, lesquels seront arbitrés par le juge. Inversement si l'on n'a prévu de peine que pour le retard, en cas d'inexécution totale, l'on retombe dans le droit commun et l'évaluation du préjudice sera faite par les tribunaux.

Il arrive quelquefois que dans un même contrat, l'on insère plusieurs clauses pénales se rapportant non seulement au retard et à l'inexécution totale, mais à différentes obligations qui dérivent dudit contrat. Il faudra avoir soin de les distinguer et de ne réclamer le cas échéant que la peine afférente à l'obligation non exécutée.

Plusieurs auteurs se sont demandés comment en présence d'une peine prévue dans un contrat, on pouvait résoudre la question de savoir si elle était moratoire ou compensatoire, lorsque les parties ne l'avaient pas formulé expressément. Ces mêmes auteurs déclarent qu'il faut tenir compte de son

montant. Si, eu égard à l'importance de l'obligation principale, celui-ci est assez faible, on dira qu'il se rapporte au retard ; que si, au contraire, il se rapproche sensiblement du montant de l'obligation principale, il concernera probablement l'inexécution.

Il faut se garder de considérer ces règles comme ayant une valeur légale : ce sont de simples conseils, des « recettes » qui peuvent guider le juge dans l'interprétation des contrats qui lui sont soumis, et rien de plus.

§ XL

L'article 1228 reconnaît au créancier le droit de poursuivre l'exécution de l'obligation principale, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure. Cette proposition n'avait pas besoin d'être énoncée ; elle résulte de la nature même de la clause pénale. S'il en était autrement, en effet, nous serions en présence d'une novation conditionnelle.

L'article 1144 qui veut que « le créancier puisse aussi en cas d'inexécution être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur », est applicable même en présence d'une clause pénale ; car, ainsi que nous l'avons déjà dit, il s'agit, par l'insertion d'une clause pareille, de renforcer l'effet du contrat. Et ce serait l'affaiblir que d'interdire au créancier d'user d'une voie de droit quelconque pour obtenir satisfaction.

Il y a lieu de se demander aussi quelle influence exerce la clause pénale adjointe à un contrat synallagmatique sur le droit de résolution énoncé par l'article 1184, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait point à son engagement.

Toujours en vertu de ce principe que la clause pénale vient renforcer les effets d'un contrat, nous dirons que ce droit de demander la résolution subsiste ; car la clause pénale ne peut

avoir pour effet de diminuer les droits de celui qui l'a stipulée. C'est du reste un point que la Cour de Cassation a bien fait ressortir dans un arrêt du 2 décembre 1856 (1) : « Attendu, est-il dit, que l'existence d'une clause pénale n'emporte pas, en droit, la renonciation à poursuivre l'exécution, non plus que la résolution d'une convention dans les cas où la loi l'autorise, et que la renonciation à un droit ne se présume pas, mais doit être expresse, etc... »

Mais qu'advient-il de la clause pénale, une fois la résolution acquise ? Si l'on a prévu au contrat une peine pour le cas de résolution, pas de difficulté. Dans le cas contraire, peut-on dire que les dommages-intérêts pour résolution sont de même nature que ceux pour inexécution ? La doctrine est très partagée sur ce point. Baudry-Lacantinerie et Barde (2) se prononcent pour la négative : « Lorsque celle-ci (la résolution), disent-ils, lui est accordée (au créancier qui a stipulé une peine) le juge peut, sur sa demande lui allouer des dommages-intérêts, et, comme le préjudice dont ils sont la réparation résulte non pas de l'inexécution de l'obligation principale, mais de la résolution du contrat, ils peuvent être supérieurs ou inférieurs au montant de la peine. »

Mais la jurisprudence actuelle a tendance et non sans raison à se prononcer en sens contraire et à assimiler les deux genres de dommages-intérêts (3) ; car dans le fond le préjudice est le même : c'est pourquoi il nous paraît que le montant de la peine doit être alloué au créancier qui a demandé la résolution du contrat.

(1) Cass. 2 déc. 1856, Lagarde, D. 1856, 1.443.

(2) Op. cit. II, n. 1343 ; voir aussi Thourneau, thèse, n. 179.

(3) Voir Demogue, op. cit. n. 47, P. 503, et les notes.

SECTION II

Règle du non-cumul et droit comparé.**La jurisprudence française. — Clause pénale et transaction.**

§ XLI

L'article 1229 règle ce que l'on a accoutumé d'appeler le problème du cumul. Il décide dans son 2^e alinéa que le créancier « ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ». Cette règle dérive du principe énoncé dans le 1^{er} alinéa du même article, à savoir que « la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». Elle se rattache donc à la conception de la clause pénale réparatrice et elle a été adoptée par de nombreux codes étrangers. Le code civil italien reproduit presque textuellement sur ce point l'article 1229 ;

Art. 1212 c. civ. ital. « La clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

« Le créancier ne peut demander en même temps la chose principale et la peine, lorsqu'elle n'a pas été stipulée pour le simple retard ».

Le code civil allemand a adopté lui aussi le principe du non-cumul :

Art. 340 c. civ. all. « Lorsque le débiteur a promis la clause pénale pour le cas où il ne remplirait pas son obligation, le créancier peut demander la peine au lieu de l'exécution. Si le créancier a déclaré au débiteur qu'il demande la clause pénale, il ne peut demander l'exécution ». Ainsi donc, d'a-

près la loi allemande, le créancier ne peut demander la peine et l'exécution de l'obligation principale ; il lui faut choisir l'une ou l'autre. Certaines législations cependant adoptent une solution opposée. Il en est ainsi du code civil portugais de 1867 qui édicte les règles suivantes :

Art. 676 « la partie qui satisfait à son obligation peut exiger de celle qui n'a pas exécuté son engagement non seulement ce à quoi elle s'est obligée pour sa part, ou une indemnité correspondante, mais encore la peine conventionnelle qui a été stipulée.

I. - Aucune des parties n'a exécuté le contrat, et si l'une d'elle s'offre à l'exécuter, celle-ci pourra exiger du co-contractant soit l'exécution de la convention ou une indemnité correspondante, soit la peine conventionnelle, mais jamais les deux choses en même temps... etc ».

L'on voit par cette citation que le droit portugais attribue à notre clause toute sa valeur pénale ; dans le cas où l'un des contractants a satisfait à son obligation, elle va même jusqu'à éliminer de la clause pénale toute idée de réparation, puisqu'elle reconnaît à celui-ci le droit d'exiger du débiteur une indemnité correspondant à son engagement (ou l'exécution de cet engagement quand la chose est possible) et en plus la peine stipulée. Ce n'est que dans le cas où aucune des parties n'a encore exécuté son obligation que le code portugais n'admet pas le cumul. Encore convient-il de dire que celle qui offre d'exécuter la sienne a des droits plus étendus qu'en droit français puisqu'elle peut réclamer ou l'accomplissement de l'engagement par l'autre partie, ou des dommages-intérêts arbitrés par les juges, ou la peine conventionnelle.

Par la comparaison du droit français et du droit portugais, les deux conceptions possibles de la clause pénale, les deux fonctions qu'elle peut remplir sont mises en pleine lumière.

§ XLII

Nous avons dit que le code civil français n'avait pas admis en principe le cumul de l'obligation principale et de la peine. C'est une règle que la jurisprudence a quelquefois l'occasion de rappeler. Dans deux arrêts récents (1), la Cour de Paris en a fait application dans une espèce particulièrement intéressante parce qu'elle permet de bien saisir toute la portée de la règle et qu'elle se reproduit souvent dans la pratique. Il s'agissait d'un contrat intervenu entre MM. Frents, Brosset et Cie, banquiers à Dreux, et M. Georges Finot, aux termes duquel M. Finot était nommé, à partir du 15 mars 1924, directeur de succursale à la Banque Frents, Brosset et Cie à Chartres, au traitement annuel de 12.000 francs, plus 5 % sur les bénéfices nets de la succursale et certains avantages. Il était stipulé en outre : « En considération des avantages qu'il trouve chez MM. Frents, Brosset et Cie, M. G. Finot s'engage formellement pour le cas où il viendrait à quitter leur maison, pour quelque cause que ce soit, à ne pas entrer au service d'une maison similaire, soit directement, soit indirectement dans un rayon de 40 km. autour de Chartres et ce, pendant un laps de temps de 5 années après les avoir quittés ; ... dans le cas où M. Finot viendrait à enfreindre cette interdiction, il s'engage à payer à MM. Frents, Brosset et Cie une somme égale à une année d'appointements fixés à titre de dommages-intérêts... »

Le 25 mars 1927, Finot quitte la banque Frents, Brosset et Cie et entre à la banque Populaire de Chartres en qualité de directeur, encourant ainsi la sanction prévue au contrat. La banque Frents, Brosset et Cie se paye par compensation sur ce qu'elle devait à Finot ; mais ne se considérant pas comme suffisamment indemnisée, elle fait assigner celui-ci devant le Tribunal de Commerce de Chartres et le fait condamner à

(1) Paris 18 déc. 1930, deux arrêts (Finot, c. Frents, Brosset et Cie ; - et Banque Populaire d'Eure et Loire c. les mêmes. Gaz. Pal. 1931.1.293.

quitter la banque Populaire, et ce, sous une astreinte de 500 francs par jour de retard, et à payer 50.000 francs à titre de dommages-intérêts.

Appel de Finot qui demande à la Cour de Paris d'infirmier ce jugement motif pris de ce que « MM. Frents, Brosset et Cie s'étant eux-mêmes payés par compensation et ayant retenu la somme de 12.000 francs, ne peuvent être admis à demander l'exécution de l'obligation principale, ou des dommages-intérêts ».

La banque, de son côté, conclut à ce que la Cour juge « 1°) que les articles 1229 et 1152 c. civ. sont seulement supplétifs et interprétatifs de la volonté des parties ; qu'ils ne sont applicables que lorsque, dans l'intention des parties, la somme stipulée l'était en compensation du préjudice éventuel ; 2°) qu'à bon droit les premiers juges ont décidé que la disproportion entre la somme stipulée et l'étendue du préjudice montrait que la dite somme n'avait pas un caractère compensatoire ; 3°) que les parties ont entendu par une interdiction assortie d'une sanction, renforcer l'interdiction et non permettre d'y échapper ».

Le premier argument avancé par la Banque, à savoir que les articles 1229 et 1152 ne sont pas d'ordre public, mais supplétifs et interprétatifs, est certainement valable ; mais pour qu'elle eût gain cause, il lui fallait prouver en outre que l'intention des parties était qu'elle pût réclamer et la peine prévue et l'exécution de l'obligation principale, en l'espèce, celle de ne pas entrer dans une maison similaire. Les considérations de pur fait qu'elle fit valoir à cet effet ne convinrent pas la Cour qui infirma le jugement du Tribunal de Commerce de Chartres du 18 janvier 1930 par les motifs suivants :

« Considérant que Finot quitta la Banque Frents, Brosset et Cie le 25 mars 1927 et entra à la Banque Populaire de Chartres en qualité de directeur ; qu'en ce faisant, il a encouru la sanction prévue au contrat ci-dessus rapporté ;

« Mais considérant que la clause d'interdiction a fixé cette sanction à une somme déterminée à l'avance, égale à une année d'appointements fixes, ce qui ne laisse aucun doute sur son montant ; qu'en n'employant pas la formule « sous peine de dommages-intérêts », ou toute autre équivalente, les parties ont ainsi assorti leurs conventions d'une clause pénale que les juges doivent appliquer sans aucune modification ; que cette année d'appointements fixes représentait pour les parties la réparation intégrale du préjudice causé par l'entrée de Finot dans une maison concurrente, mais aussi par le fait que celui-ci y demeurerait ; qu'au surplus cette indemnité représentant une somme de 12.000 francs a apparu à cette banque de province, étant donné son importance, comme compensation suffisante pour le dommage qu'a pu subir cette dernière du fait de son ex-directeur ;

« Considérant que l'inexécution de la convention étant, en l'espèce, complète, définitive et constatée, l'indemnité prévue est acquise, mais ne peut se cumuler avec l'exécution effective de l'obligation, c. a. d. le départ de Finot de la Banque Populaire sous une astreinte, le créancier ne pouvant réclamer en même temps le principal et la peine ;

« Considérant que la convention du 22 février 1924 portant que celui qui manquera de l'exécuter paiera une somme qu'elle fixe à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ; que le Tribunal a donc à tort enjoint à Finot de quitter la Banque Populaire dans la huitaine du prononcé du jugement sous une astreinte de 500 francs par jour de retard et ce, pendant un mois, et condamné Finot à payer 50.000 francs à titre de dommages-intérêts, à défaut de justification d'une autre source de préjudice que l'inexécution du contrat ;... etc.

Mais la Banque Frents, Brosset et Cie ne s'était pas contenté de faire un procès à Finot ; elle s'était attaqué également à la Banque Populaire, et avait obtenu du Tribunal de

Commerce un jugement qui enjoignait à celle-ci de renoncer à la collaboration de son nouveau directeur, dans le mois de la signification dudit jugement sous une astreinte par jour de retard.

Sur appel, la Cour de Paris, reprenant l'argumentation de son précédent arrêt, déclara en outre : « Considérant que la demande de Frents, Brosset et Cie telle qu'elle est formulée en leur exploit introductif d'instance, aboutirait, s'il y était fait droit, à obtenir **indirectement** le principal de l'obligation en même temps que la peine qui a été réclamée contre Finot par exploit séparé, alors que l'inexécution est complète, définitive et constatée, et la clause pénale encourue ;... »

C'est pourquoi elle infirma également ce second jugement du Tribunal de Commerce de Chartres.

Il ressort nettement de ces deux arrêts 1°) que le cumul, s'il n'est pas prohibé par la loi, ne saurait être cependant sous-entendu et résulter de certaines circonstances, comme la disproportion entre la peine et le préjudice prétendu ; 2°) qu'on ne peut obtenir indirectement un cumul d'indemnité qui a été refusé par la voie directe. Pour que le créancier puisse bénéficier du principal et de la peine, il faut qu'une clause explicite et claire l'y autorise.

§ XLIII

La question du cumul se pose surtout à propos de certaines conventions comme la transaction, le compromis, le partage, la confirmation ou la ratification d'un acte nul par un mineur devenu majeur etc. Elle a donné lieu, en ce qui concerne ces conventions, à des controverses sans nombre et des solutions plus ou moins arbitraires ont été proposées par la doctrine. Nous allons étudier plus spécialement de quelle façon il faut interpréter la clause pénale jointe à une transaction.

L'article 2047 c. civ. a prévu le cas d' « une stipulation de

peine adjointe à une transaction contre celui qui manquera de l'exécuter ». Certains auteurs ont voulu voir dans ce texte, pourtant laconique et un peu obscur, la consécration de la règle du cumul dans la matière des transactions et autres conventions plus ou moins voisines. Nous pensons qu'il y a là une erreur ; que sur ce point, comme sur tous les autres, le cumul ne peut résulter que de la convention clairement exprimée des parties ; qu'il faut en conséquence toujours se demander quelle a été l'intention des contractants ; cette intention ne saurait se présumer.

En ce qui concerne la clause pénale jointe à une transaction, deux situations peuvent se présenter :

1°) La transaction a mis fin à toutes les difficultés ; des prestations ont été faites de part et d'autres ; plus rien n'est dû ni d'une part ni de l'autre ; un acte est dressé qui constate cet état de choses, les renonciations et les sacrifices réciproques des parties ainsi que les compensations reçues en échange, et la peine est comminée contre celui qui voudra attaquer cet acte en justice ; revenir sur une renonciation, répéter une prestation. Ici, pas de cumul possible : la peine sanctionne une obligation de ne pas faire, l'obligation de ne pas intenter un procès. Touillier prétend qu'il faut toujours interpréter ainsi la clause pénale jointe à une transaction. Cette opinion nous paraît exagérée : seuls les termes du contrat ou les circonstances qui entourent peuvent nous faire décider dans un sens ou dans l'autre. Tel est bien l'avis de la majorité de la doctrine.

2°) La transaction constate l'accord des parties sur les difficultés qui les divisaient, et indique les prestations que celles-ci auront à faire l'une à l'autre ou l'une d'elle seulement à l'autre, et on adjoint une clause pénale pour le cas d'inexécution. Autrement dit si une partie n'accomplit pas l'obligation qui lui incombait en vertu de la transaction, elle paiera tant d'argent à titre de dommages-intérêts. Là non

plus, pas de cumul, la somme d'argent prévue est la compensation de la prestation promise ; tel est le droit commun ; il n'en est autrement que s'il résulte clairement des termes de la transaction que les parties ont entendu faire payer au contrevenant et la prestation promise et la peine.

Il convient d'ajouter, mais ceci n'est que l'application du droit commun de l'article 1227 c. civ., que si la transaction est déclarée nulle par les Tribunaux, la clause pénale ne saurait plus être exigée. Cette façon de voir est corroborée par les travaux préparatoires. La première rédaction de l'article 2047 était ainsi conçue (t. XIX, ch. I art. 14 du projet (1)) : « Si la transaction contient une peine en cas d'inexécution, cette inexécution donne le droit d'exiger la peine convenue, à moins que la transaction ne soit annulée par les causes qui peuvent en opérer la rescision ».

Pareillement, la clause pénale compromissaire (2) est soumise au droit commun, c'est à dire au principe du non-cumul. Lorsque les parties ont convenu, dans un compromis, que celle d'entre elles qui n'exécuterait pas la décision de l'arbitre, paierait une certaine somme d'argent, il faut entendre que le créancier aura le choix entre l'exécution de la sentence arbitrale et le paiement de la peine. C'est tout au moins ainsi que dans le doute, il faudra interpréter la convention des parties.

Cependant, « le plus souvent, dit Larombière, il sera conforme à l'intention des parties sagement interprétée, de présumer qu'elles ont entendu, faire encourir la peine à la partie contrevenante, sans préjudice de l'exécution de la sentence, et par cela seul qu'elle n'a pas voulu s'y soumettre. La peine est alors considérée comme une indemnité des embarras et des désagréments d'un procès d'autant plus pénible qu'on a essayé de la prévenir par un arbitrage.

(1) Fenet, T. 2, p. 743.

(2) Voir Larombière, *Obl.* IV, pp. 23 et ssq. - Duranton, t. 2, n. 349. - Contra, Toullier, t. 6, n. 828.

« Ce n'est pas, ajoute Larombière, que la partie qui a encouru, en y contrevenant, la peine stipulée dans le compromis, ne puisse interjeter appel de la sentence arbitrale et de la faire réformer, dans le cas même où la peine doit être payée sans préjudice de la sentence rendue par les arbitres. Mais, en l'attaquant et en remettant en question sur son appel, les points litigieux, elle plaide à ses risques et périls ».

L'article 1229 a l'air d'édicter une exception au principe du non-cumul, lorsqu'il dispose dans son 2^e alinéa que le créancier ne peut demander le principal et la peine, **à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard**. En réalité, il n'y a là aucune dérogation. La peine prévue pour le retard ne saurait se confondre avec celle que l'on convient de payer en cas d'inexécution. Le préjudice que le créancier souffre par suite du retard apporté par le débiteur à remplir son obligation est tout à fait distinct de celui qu'il subirait en cas d'inexécution. Par conséquent, il n'y a pas de cumul lorsque le créancier réclame l'exécution de l'obligation et le paiement de la clause pénale moratoire.

Si, à l'inverse, les parties n'ont prévu de peine que pour le cas d'inexécution seulement, le créancier pourra réclamer en justice l'exécution de l'obligation principale et des dommages-intérêts, s'il y a eu retard.

SECTION III

Subordination de l'obligation pénale à l'obligation principale.

Jurisprudence. — Promesse de mariage. — Actes à titre gratuit. — Nullité de l'obligation pénale. — Exception à l'article 1227

§ XLIV

La clause pénale a le caractère d'une obligation accessoire et en cela elle se rapproche, comme nous l'avons dit d'autres conventions, comme l'hypothèque, le gage, le cautionnement etc... Les mêmes règles qui régissent ces dernières en tant qu'obligations accessoires, la gouvernent également. Comme elles, elle suppose une obligation principale, et toutes les circonstances ou modalités qui affectent celle-ci, l'affectent à son tour par contre-coup.

L'article 1227 ne fait qu'appliquer cette dernière règle quand il dispose que « la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale ». Mais on remarquera qu'il ne l'énonce pas en termes généraux, qu'il se contente de décrire l'un des effets de cette subordination dans laquelle se trouve la clause pénale à l'égard du contrat principal ; nous n'en devons pas moins tirer de ce caractère toutes les conséquences qu'il comporte.

Ainsi, lorsque l'obligation principale est à terme, il est bien évident que la peine ne peut être exigée avant l'arrivée de ce terme ; la chose d'ailleurs ne serait pas concevable, étant donné que tant que le terme n'est pas expiré on ne peut savoir s'il y a inexécution ou retard.

Il résulte également de ce principe que lorsque l'obligation primitive est conditionnelle, il en est de même de la clause

pénale. La jurisprudence a eu l'occasion d'en faire application dans l'espèce suivante : il s'agissait d'un contrat intervenu le 15 novembre 1880 aux termes duquel deux librettistes, Farnie et Gille, devaient remettre à la fin de février 1881, le livret d'un opéra, à Blandin, directeur du Théâtre des Folies Dramatiques, qui en ferait la remise au compositeur Planquette au plus tard le 15 mars, ce dernier s'engageant à livrer la partition pour le 1er juillet ; il était en outre stipulé que celle des parties qui manquerait à l'une des clauses du traité serait passible d'un dédit de 20.000 francs.

A la date indiquée au contrat, Farnie et Gille ne livrèrent pas à Blandin le livret d'opéra promis : et Planquette ne put, de son côté, remettre sa partition. C'est pourquoi Blandin fit assigner les trois artistes en paiement du dédit prévu. Un arrêt de la Cour de Paris (1) condamna Farnie et Gille au dit paiement. Mais en ce qui concerne Planquette, il déclara : « Attendu que la demande de Blandin n'est pas justifiée ; - que Planquette ne s'était obligé à livrer la musique de l'opéra Rip, le 1er juillet 1881, qu'à la condition **que Blandin lui fournirait le livret au plus tard le 15 mars** ; que cette condition ne s'étant pas réalisée, il n'a pas encouru la clause pénale stipulée etc...

La Cour de Paris, analysant le contrat, avait donc reconnu que l'obligation principale de Planquette de livrer la partition était conditionnelle, et que par voie de conséquence, le dédit stipulé devait avoir aussi ce caractère.

En cas d'extinction de l'obligation principale avant l'ouverture de la peine (paiement ou tout autre mode de libération), la clause pénale est éteinte. Il en est de même en cas de perte ou de destruction non imputable au débiteur de la chose objet du contrat.

Lorsque l'obligation principale est annulable pour vices du

(1) Paris 13 novembre 1888, confirmant un jugement du Trib. de la Seine de 1886, Philippe Gille et Farnie c. Blandin, D. 90.2.238.

consentement ou incapacité, ou nulle de nullité absolue comme contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, la clause pénale subit le même sort. On ne saurait par le moyen d'une clause pénale contraindre le débiteur à l'exécution d'une obligation illicite. Il serait trop aisé, si la chose était possible, de tourner toutes les prohibitions de la loi. Sur ce point, la jurisprudence abonde et il sied d'illustrer la règle par quelques exemples.

Lorsque des contractants, principaux détenteurs d'une marchandise se sont coalisés contre un adjudicataire futur, de manière à restreindre pour lui le marché sur lequel il avait dû compter en soumissionnant, et à rendre peut-être sont entreprise impossible ou ruineuse, cette convention portant atteinte au principe de la liberté du commerce et de la libre concurrence, est illicite et doit être annulée ; par suite, la clause pénale stipulée contre le contrevenant ne peut produire aucun effet (2).

La convention insérée dans un contrat de mariage, par laquelle les parties ont entendu « que la veuve resterait, sa vie entière, en possession tranquille et paisible de tout l'avoir de son époux, sans pouvoir jamais être inquiétée par une demande en partage de l'un ou de l'autre des enfants du défunt », portant atteinte à la règle d'ordre public de l'article 815 c. civ. qui dispose que nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, doit, aux termes de l'article 900, être réputée non écrite ; par suite, la clause pénale comminée contre les héritiers, qui en est l'accessoire, doit disparaître également (3).

L'on sait qu'en vertu de l'article 1174 « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige » ; par suite la clause

(2) Civ. rej. 13 janv. 1879. D. 79.1.77 Ramanatxo et Abella c. Isaac Siméon.

(3) Bruxelles 18 mai 1887 D. 88.2.38. Lamot et consorts c. Vve Lamot.

pénale qui la sanctionnerait devra être déclarée nulle elle aussi. Ainsi il a été décidé que lorsque deux personnes conviennent dans un écrit qu'à partir d'une date fixée, elles formeront une société en nom collectif dont elles indiquent l'objet et la raison sociale sans cependant déterminer les autres éléments constitutifs d'une société ni accomplir la publicité voulue par la loi du 24 juillet 1867, cet écrit n'est qu'un simple projet subordonné dans la réalisation à l'accord ultérieur des parties et par conséquent nulle comme assujetti à une condition potestative de la part des deux contractants. La nullité de l'acte entraîne nécessairement celle de la clause pénale y insérée pour le cas où l'une des parties renoncerait à donner suite audit acte (4).

Mais la condition potestative n'est une cause de nullité que quand elle est potestative de la part de celui qui s'oblige et non de la part de celui envers qui l'obligation est contractée. Telle est du moins la jurisprudence. Par suite la clause pénale consentie par l'un des contractants envers une partie qui ne s'est engagée elle-même que sous une condition potestative ne saurait être annulée par ce seul motif que l'obligation contractée par la partie qui a stipulé la clause pénale est nulle comme ayant été contractée sous une condition potestative. La Cie du chemin de fer de Libourne à Bergerac s'était engagée vis à vis des entrepreneurs Watel et Nobilet, à leur confier des travaux de terrassement et de construction sur ce chemin, sous un dédit de 25.000 francs payable par elle, dans un cas où, pour un motif quelconque, elle n'aurait pas dans le délai de trois mois, concédé les travaux promis. De leur côté, Watel et Nobilet ne s'étaient engagés à exécuter les-dits travaux que dans le cas où les prix et conditions à fixer par un tiers, leur paraîtraient acceptables, c'est à dire sous une condition potestative qui aux termes de l'article 1174 annulait leur engagement. La Cour de Paris avait annu-

(4) Trib. de Lorient 27 fév. 1895 D'Eguen c. Maroch D. 99.2.266.

lé la clause pénale par ce seul motif que l'obligation contractée par celui qui avait stipulé la clause pénale était nulle, sans rechercher s'il en résultait que l'obligation contractée par celui qui avait promis l'exécution de l'obligation principale fût également nulle, condition nécessaire pour que la clause pénale pût être elle-même annulée. La Cour de Cassation (5) cassa cet arrêt pour les motifs suivants :

«... Attendu que Watel et Nobilet pouvaient n'être pas engagés sans qu'il en résultât nécessairement que la promesse de travaux faite par la Cie dût être annulée, puisque l'article 1174 annule seulement l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, et que la Cie s'était engagée sans condition semblable ; - Att. qu'en réputant nul l'engagement de la Cie, par la seule raison que Watel et Nobilet ne s'étaient obligés que sous une condition potestative, l'arrêt attaqué a fausement appliqué, par suite violé l'article ci-dessus visé, - casse etc...»

§ XLV

Les tribunaux ont eu très souvent à s'occuper de la question de la validité de la clause pénale adjointe à un contrat de fiançailles. L'on sait que la promesse de mariage est frappée de nullité par la jurisprudence comme constituant une atteinte à la liberté du consentement au mariage. Il semble donc que la stipulation de peine que l'on pourrait insérer dans un contrat semblable, doive être annulée elle aussi. C'est bien ainsi du reste que se prononcent les tribunaux qui ne reconnaissent pas la licéité des fiançailles. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai de 1853 dit notamment (1) ;

« Attendu que les promesses de mariage sont frappées de

(5) Cass. civ. 14 juillet 1869 Watel et Nobilet c. chemin de fer de Bergerac S. 69.1.346.

(1) D. 1855.2.132.

nullité d'ordre public, comme contraires à la liberté, et que cette nullité entraîne celle de la sanction pénale qui y est attachée aux termes de l'article 1227 c. Nap. etc. »

Mais en réalité la question est plus complexe et les solutions que l'on doit donner de ces problèmes doivent être plus nuancées. La théorie de la nullité de la promesse de mariage est très combattue aujourd'hui par de nombreux auteurs (2) et la jurisprudence par beaucoup de ses décisions semble bien leur donner raison, au moins partiellement.

Ces auteurs font tout d'abord remarquer que le droit canonique qui était en la matière la législation de l'ancienne France considère comme parfaitement licite le contrat de fiançailles (qu'on appelait *verba de futura* par opposition aux *verba de praesenti*). L'inexécution d'un pareil contrat donnait lieu à des dommages-intérêts et les vieux auteurs comme Pothier déclaraient qu'on devait valider les clauses pénales qui le sanctionnaient, à condition, bien entendu, « que la chose promise à titre de peine n'excède pas ce que le juge estime être dû pour les dommages-intérêts » (3). Le projet de code civil de la Commission du Gouvernement portait un article inspirée évidemment de Pothier et qui était ainsi conçu : « Toute promesse de mariage avec stipulation de payer à titre de peine ou de dédit, une somme déterminée, n'est obligatoire que jusqu'à concurrence des dommages-intérêts qui seront légitimement dûs ; » Mais cet article fut supprimé comme contraire aux principes posés par les articles 1152 et 1134 et le code resta muet sur la question. De là les divergences de la doctrine et de la jurisprudence. M. Ripert fait observer que les fiançailles constituent une convention valable parce qu'elles ont un objet licite et une cause tout à fait conforme aux fins de l'institution familiale et par

(2) Voir notamment Ripert, *les limites de la liberté contractuelle*, Cours de droit doctorat 1929-1930, pp. , 93 à 101.

(3) Cette opinion de Pothier est conforme à l'usage de l'ancien droit qui donnait au juge un droit de regard sur la clause pénale et lui permettait de la réduire ou de l'augmenter.

conséquent de la société. Si l'on adoptait cette thèse qui s'appuie sur des arguments dont on ne saurait méconnaître la valeur ni la force, il est certain qu'il faudrait valider la clause pénale adjointe à une convention de fiançailles. Peut-être la jurisprudence y arrivera-t-elle un jour. Mais à l'heure actuelle celui des fiancés qui a rompu ne peut être tenu de payer des dommages-intérêts que dans le cas où il l'a fait sans motif légitime et s'il a causé un préjudice certain à l'autre fiancé ; ce n'est que dans cette mesure que la clause pénale serait valable ; autrement dit les juges auraient le droit d'examiner si la violation de l'engagement a été abusive et s'il en est résulté un préjudice, ce qui ôterait à la clause pénale toute son utilité. Elle ne pourrait servir qu'à titre d'indication.

Il y a un cas cependant où à la rigueur, on pourrait concevoir que la clause pénale pût être validée entièrement. On peut supposer que l'un des fiancés, ayant été amené en vue de son mariage éventuel à abandonner telle ou telle situation qu'il n'aurait pas quittée sans cela, ait stipulé une indemnité pour le cas de rupture. Ici nous pensons que les juges valideraient certainement la clause pénale.

§ XLVI

Toutes ces règles que nous avons fait dériver de l'article 1227 c. civ., la jurisprudence les applique aussi tous les jours aux clauses pénales adjointes aux actes à titre gratuit, donations, partages d'ascendants, testaments, etc...

Il arrive souvent en effet que le testateur qui veut faire respecter ses dernières volontés, insère une clause pénale dans un testament. D'une manière générale, cette clause se trouve validée toutes les fois que les dispositions principales sont elles-mêmes valables ; car il ne faut pas que par un moyen indirect on arrive à rendre efficaces des actes nuls

comme contraires à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Le plus difficile est de savoir quand on se trouve en face de dispositions principales valables, et quand devant des dispositions nulles.

Il est bien évident que l'héritier peut toujours attaquer le testament à ses risques et périls. S'il gagne son procès ou que le testament ou la disposition attaquée se trouve annulée, il n'y a pas lieu à application à son encontre de la clause pénale. Que s'il succombe au contraire, celle-ci doit lui être appliquée.

La jurisprudence (1) déclare nuls ainsi que les clauses pénales qui leur sont adjointes, tous actes de dispositions entre vifs ou testamentaires qui sont attaqués pour cause d'incapacité du bénéficiaire, dans le cas d'une personne morale non régulièrement autorisée (à l'époque ou l'autorisation était nécessaire), un hospice par exemple (2), ou pour cause d'incapacité du disposant, de captation ou de suggestion (3), de substitution prohibée (4) etc... ou encore, de vice de forme quelconque.

Mais elle valide la stipulation par laquelle un testateur prive son héritier réservataire de la quotité disponible, si ce dernier attaque les dispositions du testament qui ne portent pas atteinte à sa réserve (5).

Un arrêt de la Cour de Cassation (6) a déclaré d'autre part que les dispositions concernant le partage des biens suc-

(1) Voir Larombière, IV, pp. 2, 3, 4 et les notes.

(2) Cass. 14 déc. 1825. D. 1826.1.27. - Pau 7 déc. 1861. S. 62.2.57.

(3) Cass. 27 mars 1855. S. 55.1.702.

(4) Cass. 30 juillet 1827. D. 1827.1.329. - Nancy 9 déc. 1871. S. 72.2.71.

(5) Nancy 13 fév. 1867, Paul Echalié c. Léon Echalié D. 67,2.36. - Voir également Civ. 22 juillet 1874. S. 74.1.479. D. 75.1.453. Dame Fontaine c. Dame Damian. - Lorsque une action en rescision de partage se fonde sur la lésion de plus du quart, l'exercice de la clause pénale n'est pas empêchée (par a contrario) ; en l'espèce on actionnait pour lésion de plus du quart et pour atteinte à la réserve.

(6) Civ. rej. 15 fév. 1870. D. 70.1.182 et la note ; Beaucourt c. Consorto Beaucourt. Voir également Reg. 29 juin 1910, de Brémont d'Ars, et la note de M. Capitain ; D. 1911.1.49.

cessoraux de l'article 826, n'étaient pas d'ordre public et que le testateur pouvait attribuer lui-même les biens de sa succession, et imposer le respect de ses volontés par l'adjonction d'une clause pénale.

§ XLVII

Nous n'avons étudié jusqu'ici que l'un seulement des effets du caractère accessoire de la clause pénale : celui qui est indiqué à l'alinéa 1^{er} de l'article 1227 c. civ. Mais le second alinéa du même article prévoit aussi que « la nullité de celle-ci (la clause pénale) n'entraîne point celle de l'obligation principale ». Cette solution est conforme à la logique ; le principal ne saurait suivre l'accessoire ni être influencé par lui.

La jurisprudence a eu l'occasion de faire application de cette règle à des contrats de louage de services passés avec des mineurs, et notamment à l'engagement théâtral. Dans une convention de cette espèce conclue entre une mineure, la demoiselle Jane May et le sieur Koning il avait été stipulé « un dédit de 50.000 fr. à la charge du contrevenant sans réduction possible, même au cas où l'inexécution se serait produite dans les derniers jours de l'engagement ». La Cour de Paris (1) valida l'engagement principal comme ne présentant aucun caractère lésionnaire ; mais jugeant qu'il n'en était pas de même de la clause accessoire de dédit, elle déclara qu'elle était seule susceptible d'être rescindée pour cause de lésion, elle réduisit à deux mille francs les dommages-intérêts accordés à Koning.

Une espèce à peu près semblable fut soumise quelques années plus tard à la même Cour de Paris (2). Cette fois-ci, c'était la mère, la veuve Yane, qui avait signé pour sa fille

(1) Paris 8 juillet 1882 D. 83.2.93 Koning c. Demoiselle Jane May.

(2) Paris 28 juin 1889 S. 89.2.159 ; D. 90.2.206 Porel c. Yane.

mineure un engagement de trois ans au théâtre de l'Odéon ; avec une stipulation de dédit de 10.000 francs en cas de contravention. La Cour de Paris estima « qu'en consentant... un dédit de 10.000 francs à la charge de sa fille, la veuve Yane avait dépassé ses pouvoirs d'administration et que c'était à bon droit que, par le jugement dont était appel, on avait prononcé la nullité de la clause pénale ». Mais elle condamna cependant la veuve Yane à 1000 francs à titre de dommages-intérêts pour ce motif « que cette demande était justifiée en principe le préjudice étant suffisamment établi et la nullité de la clause pénale ne devant pas, aux termes de l'article 1227 c. civ. entraîner celle de l'obligation principale, laquelle avait été régulièrement contractée ».

§ XLVIII

Cette règle qu'énonce l'article 1227 comporte-t-elle des exceptions? autrement dit y a-t-il des cas où la nullité de l'obligation principale n'entraîne pas celle de l'obligation pénale ; et des cas au contraire où la nullité de celle-ci influe sur la validité de celle-là ?

A la première question, les auteurs répondent que la règle souffre trois exceptions qui se rapportent à la clause pénale jointe à une stipulation pour autrui, à une promesse pour autrui et à la vente de la chose d'autrui (1599 c. civ.)

1) Reprenant la vieille règle romaine « *alteri stipulari nemo potest* », l'article 1119 du code civil décide qu'« on ne peut en général, s'engager ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». En principe donc, d'après le code civil, les stipulations pour autrui sont nulles ou plus exactement elles sont inefficaces à cause du défaut d'intérêt du stipulant et par suite de son défaut d'action contre le promettant. Les premiers commentateurs du code qui interprétaient à la lettre l'article 1119, et très strictement les exceptions de l'article

1121, déclaraient que les stipulations pour autrui pouvaient être rendues efficaces par l'adjonction d'une clause pénale ; par une inversion des règles ordinaires du droit, c'était la clause pénale, obligation accessoire, qui infusait la vie à la stipulation pour autrui, obligation principale. Cette opinion que tous les auteurs reprenaient pour ainsi dire traditionnellement, est à n'en pas douter, un souvenir de la « *stipulatio poenae* » romaine ; peut-être y avait-il aussi une raison plus profonde que le simple respect de la tradition ; peut-être en effet, les auteurs s'attachaient-ils dans ce cas, moins à la forme de la clause pénale qu'à son but qui est, comme nous l'avons vu, d'aider et même de forcer à l'exécution ; ils pensaient sans doute que quoique celui qui promet pour autrui ne soit pas tenu juridiquement, il s'oblige néanmoins moralement, que cette promesse a plus de valeur qu'une simple faculté d'exécuter un fait sous la condition duquel une obligation est contractée, et qu'en somme la clause pénale qui lui est adjointe, quoiqu'elle soit juridiquement un contrat principal, est néanmoins dans l'esprit des contractants une clause accessoire jointe à une obligation morale principale. Mais toutes ces considérations ne pouvaient empêcher la clause pénale jointe à une stipulation pour autrui de n'être en réalité qu'une obligation principale conditionnelle. La meilleure preuve se tirait de ce que le stipulant ni le bénéficiaire ne pouvait obliger le débiteur à exécuter la stipulation principale. Il n'empêche que pendant très longtemps la doctrine aveuglée par la tradition et peut-être aussi par des considérations morales a perdu de vue la véritable nature de la prétendue clause pénale adjointe à une stipulation pour autrui.

Remarquons que toutes ces difficultés résultant des dispositions des articles 1119-1121 n'existent pas dans certaines législations étrangères. En droit suisse, par exemple, la stipulation pour autrui est valable et efficace ; et si l'on y

ajoute une clause pénale, celle-ci, ayant un caractère accessoire, serait une véritable clause pénale. N'en est-il de même en droit français actuel ? Nous pensons que oui ; l'on sait en effet qu'aujourd'hui, la jurisprudence, d'accord en cela avec la doctrine, interprète si libéralement l'article 1121 que la stipulation pour autrui se trouve être valable et obligatoire toutes les fois que le contrat présente un intérêt quelconque pour le stipulant. Grâce à cette interprétation large et pratique de l'article 1121, on peut aujourd'hui valablement stipuler pour autrui. Par conséquent il semble bien qu'à l'heure actuelle, en droit français comme en droit suisse, on doive considérer que l'on a affaire à une clause accessoire et non à une obligation principale conditionnelle quand on se trouve en présence d'une clause pénale jointe à une stipulation pour autrui.

L'exemple tiré de la stipulation pour autrui ne constitue donc pas une exception au principe de l'article 1227. Tant que les articles 1119-1121 étaient interprétés strictement et qu'on considérait la stipulation pour autrui comme inefficace, la prétendue clause pénale était en réalité une obligation conditionnelle principale ; aujourd'hui que cette même stipulation peut constituer une obligation principale valable, rien n'empêche qu'on lui adjoigne une véritable clause pénale, obligation accessoire, pour la sanctionner.

2) La deuxième exception des auteurs ne saurait, elle non plus, être retenue. Lorsqu'à une promesse pour autrui, on adjoint une clause pénale, il y a là une obligation conditionnelle principale. Celui qui promet le fait d'autrui, et à défaut de payer une peine, s'engage en réalité principalement sous la condition négative que le tiers n'accomplira pas le fait qu'il promet. Ni le promettant ni le stipulant ne peuvent en effet obliger le tiers à exécuter une obligation à laquelle il ne s'est pas engagé.

3) Enfin, le dernier exemple ne nous paraît pas non plus constituer une exception.

« La vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. » L'article 1599 s'exprime ainsi, d'une manière trop catégorique. En fait si, dans le cas qu'il prévoit, la propriété n'est pas transférée, il n'en est pas moins vrai que le contrat emporte certains effets parmi lesquels il faut placer en premier lieu la garantie contre l'éviction ; si la chose vendue appartient à autrui, le vendeur aura manqué à cette obligation de garantie ; il est donc normal que la loi permette à l'acheteur de réclamer des dommages-intérêts ; ces dommages-intérêts, rien n'empêche qu'on puisse les prévoir à l'avance ; et la clause pénale ainsi insérée dans le contrat de vente sanctionne non pas un contrat nul, mais une obligation principale valable, l'obligation pour le vendeur de garantir l'acquéreur contre une éviction de la part du verus dominus.

On peut se demander enfin s'il y a des exceptions à la règle qui veut que la nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de la principale. Nous pensons que quoique le cas doive être assez rare, il peut néanmoins se rencontrer. Supposons le cas d'une peine qui consisterait dans l'accomplissement d'un fait illicite ou immoral, alors que l'obligation principale paraît licite. En principe, la clause pénale doit être seule déclarée nulle ; le créancier ne pourra demander que l'exécution de l'obligation principale, ou à défaut des dommages-intérêts. Mais s'il résulte du contrat et des circonstances de la cause qu'en réalité le but poursuivi par les contractants a été non l'accomplissement de l'obligation principale licite, mais celui de la peine accessoire illicite, il faut annuler tout le contrat. Cela peut se présenter quand visiblement, eu égard à sa situation, le débiteur ne peut accomplir l'obligation principale. Il y aurait un moyen détourné, de frauder la loi, et c'est pourquoi nous estimons qu'il y a lieu de faire exception à la règle énoncée au 2^e alinéa de l'article 1227 et cela en vertu du principe « *fraus omnia corrumpit* ».

SECTION IV

Pour ou contre la règle de la fixité : droit suisse et droit français. — Exceptions : exécution partielle. — Dol. — Clause pénale adjointe à une somme d'argent

§ XLIX

Ce qui caractérise essentiellement la clause pénale en droit français moderne, ce qui fait son originalité et incontestablement sa grande utilité, c'est sa fixité, ou autrement dit, son caractère de forfait de dommages-intérêts. « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

C'est ainsi que l'article 1152 c. civ. énonce la règle. Nous avons vu que l'ancien droit ne l'admettait pas et qu'il permettait au juge de modifier la peine soit en l'augmentant, soit en la réduisant, selon que le dommage subi était supérieur au moindre. Pour justifier qu'on pût l'augmenter, Pothier donnait cette raison que l'obligation pénale, accessoire par sa nature, ne peut porter aucune atteinte à l'obligation principale, ce qui serait le cas si elle était inférieure ; et pour expliquer qu'on pût réduire, il disait que lorsqu'on promet une peine excessive, « on ne s'engage que dans la fausse confiance qu'on ne manquera pas à l'obligation primitive, et que par conséquent on donne un consentement non valable, puisque fondé sur une erreur ou une illusion ».

Ces raisons ne nous paraissent pas du tout convaincantes. Il y a une apparence de logique rigoureuse dans la première. Mais faut-il sacrifier tout les avantages de la fixité à une rai-

son de logique pure. Nous ne le pensons pas ; le droit qui s'applique à des choses concrètes et vivantes ne saurait se confondre avec la mathématique. Quant à la seconde raison, elle est on ne peut plus fautive et elle décèle l'embarras où Pothier était de justifier une exception au grand principe que les pactes doivent être respectés.

Aujourd'hui, comme jadis, on admet que l'erreur (au moins lorsqu'elle tombe sur la substance) vicie le consentement et qu'elle est par suite une cause de nullité (c. civ. art. 1110). Mais encore faut-il qu'on la prouve suivant les règles du droit commun ; elle ne se présume pas et elle ne saurait résulter de la simple constatation que le montant de la peine dépasse le préjudice réel. Si le débiteur prétend que c'est par erreur qu'il a pris un engagement sous clause pénale, il lui est loisible, même sous l'empire du code civil, d'en faire la preuve ; il en est de même pour tous les vices du consentement. Il faut ajouter que dans le cas où l'erreur a été prouvée, il n'y a pas lieu à réduction ; le contrat tout entier est annulé. Si l'erreur ne concerne que la clause pénale, celle-ci tombe seule ; l'obligation principale subsiste en vertu de l'article 1227, et pour fixer le montant des dommages-intérêts, il faudra s'en remettre alors à l'arbitrage du juge.

La plupart des législations étrangères ont refusé à la clause pénale ce caractère de fixité qu'a consacré le code civil français. Ainsi le code suisse des obligations dispose dans son article 161, 2e al., que « le créancier dont le dommage dépasse le montant de la peine ne peut réclamer une indemnité supérieure qu'en établissant une faute à la charge du débiteur » ; et dans son article 163, dernier al., que « le juge doit réduire les peines qu'il juge excessives ».

Mais les Tribunaux suisses, dit M. Secrétan (1), ont nettement mis l'accent sur le caractère exceptionnel de l'article 163,3 ; les arrêts suivants en font foi. Tribunal fédéral 25

(1) Op. cit. p. 121.

septembre 1897 : « La faculté donnée au juge par l'article 182 C. O. (2) de mitiger les peines qu'il trouverait excessives, ne doit pas s'entendre en ce sens que le juge puisse arrêter librement le chiffre de la peine au montant qui lui paraît indiqué d'après les circonstances ; le droit que lui confère l'article susvisé constitue une exception au principe de la liberté des contrats qui est à la base du C. O. et une restriction à la règle posée en tête de l'article 182 C. O. en vertu de laquelle les parties sont libres de stipuler telle peine que bon leur semble ; il ne doit donc en faire usage que dans le cas où la peine stipulée est manifestement inconciliables avec les exigences de la justice et de l'équité ».

« Parmi les facteurs, ajoute Secrétan, dont le juge tient compte en Suisse pour opérer la réduction de la clause pénale conformément à 163 C. O., il y a lieu de tenir compte de la situation économique des parties ; spécialement du débiteur. « Le Tribunal Fédéral a décidé (3) qu' « une disproportion manifeste entre le montant de la clause pénale et le salaire de celui qui est reconnu débiteur peut, entre autres, amener le juge à considérer la peine conventionnelle comme excessive ».

Malgré ces restrictions apportées par la loi et la jurisprudence suisses au principe que les peines peuvent être réduites, nous ne pensons pas qu'en bonne législation il faille se rallier à la solution du code fédéral. On doit toujours craindre, en ces matières, l'arbitraire du juge et d'autre part, on ne pourra plus éviter le recours à la justice, ou du moins aux experts. Le débiteur qui voudra payer la peine entière trouvera toujours de bonnes raisons pour déclarer qu'elle est excessive. Contre le principe de la fixité, Secrétan donne les raisons suivantes : « Elle pousse, dit-il, à la stipulation de pei-

(2) L'art. 182 C. O. est le numéro de l'ancien code suisse des Obligations. L'art. 163,3 qui le reproduit est celui du code de 1912 ; il n'y a pas eu de modification sur ce point.

(3) T. F. 23 fév. 1913, cité par Secrétan p. 135, note I.

nes exagérées, car le créancier, sachant qu'il ne peut attendre du juge aucun supplément de peine, veut se couvrir de tout dommage possible ; or les parties ne sont souvent pas égales et le débiteur se trouve forcé, par sa situation économiquement plus faible, d'acquiescer à la volonté du créancier. Comme ce principe forfaitaire, cause indirecte de l'exagération de la peine signifie aussi exclusion de la possibilité de réduire les peines excessives, le mal est sans remèdes ». A cela, on peut répondre que la lésion (car c'est bien d'une lésion qu'il s'agit) peut se produire à propos de toutes sortes de conventions, car c'est très souvent que les contractants ne sont pas égaux ; il y en a presque toujours un qui fait comme on dit, la loi du contrat. Il n'y a pas plus de raison de dire que la lésion sera une cause de rescision ou de réduction, en matière de clause pénale qu'en toute autre matière. En l'occurrence, nous le répétons, donner au juge le pouvoir de réduire la peine, c'est supprimer la raison d'être de la clause pénale.

Ce n'est pas à dire cependant que les critiques de Secrétan soient sans intérêt ; mais on peut avancer sans crainte que les avantages de la fixité l'emportent sur ses inconvénients. Ceux-ci d'ailleurs peuvent être corrigés par mesure législative dans les cas où ils paraîtraient abusifs. C'est ainsi, comme nous le verrons plus loin, que la législation ouvrière française a limité le domaine de la clause pénale.

§ L

L'article 1231 qui déclare que la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie, constitue-t-il une exception à la règle de la fixité ? Nous ne le pensons pas.

Observons tout d'abord que suivant les termes mêmes du dit article, le juge n'est pas obligé de modifier la clause pé-

nale. C'est une simple faculté dont il usera si bon lui semble. D'autre part, l'article 1231 n'étant pas d'ordre public, les parties pourront convenir qu'en cas d'inexécution partielle, la peine sera quand même dûe en totalité. Cet article ne s'appliquera pas non plus lorsque la peine a pour objet le retard du débiteur. Il faut ajouter que l'article 1231 n'est point contraire à l'article 1244 qui dispose que « le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible ». Autrement dit il faut que l'exécution partielle en question ait été agréée par le créancier ou bien qu'il s'agisse d'une obligation successive qui a été remplie pendant un certain temps.

C'est dans ces limites que s'applique l'article 1231, et bien loin d'être une exception à la règle du forfait énoncée par l'article 1152, il en est au contraire la conséquence directe.

En effet lorsque des contractants prévoient une certaine somme en cas d'inexécution totale, il est légitime de penser, sauf exclusion expresse, qu'ils ont entendu qu'en cas d'inexécution partielle volontairement reçue, le dommage étant moindre, l'indemnité doit être réduite.

Mais comment opérer cette réduction ? quels principes doivent guider les juges qui se trouvent en présence d'une telle situation ? S'agit-il d'une réduction mathématique ? Faut-il dire, comme certains auteurs : « leur estimation doit prendre pour base la clause pénale, c'est à dire la valeur que les parties avaient conventionnellement attribuée à l'exécution totale, de sorte que la condamnation doit être du quart, du tiers, de la moitié de la clause pénale, selon que l'obligation aura été inexécutée pour un quart, un tiers ou la moitié ». La rédaction de l'article 1231 ne nous paraît pas autoriser le moins du monde cette interprétation. La loi, fort sagement, a laissé ici au juge un pouvoir d'appréciation quasi-discrétionnaire, puisqu'il peut se refuser même à réduire la peine, comme nous l'avons dit plus haut. En réalité, il arrive

souvent qu'une inexécution partielle du quart, par exemple, cause un préjudice supérieur à cette quotité ; il est donc juste que le juge puisse ne réduire la peine que de moitié etc...

§ LI

En dehors de l'article 1231, qui n'est pas, tant s'en faut, une dérogation au principe du forfait, n'y a-t-il aucune autre exception ? En matière de clause pénale, comme en matière de dommages-intérêts judiciaires, il y a lieu à application de l'article 1150 c. civ. qui veut que le débiteur ne soit tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

Donc, en cas d'inexécution dolosive de la part du débiteur, le créancier pourra demander des dommages-intérêts supplémentaires. La question a été longtemps controversée. Mais la majorité des auteurs s'est prononcée dans ce sens. Demolombe (1), donne en faveur de cette thèse des raisons tirées de la composition du code civil. « L'article 1152, dit-il, par la place qu'il occupe dans la classification numérique après les articles 1150 et 1151, paraît bien se référer également à l'un et à l'autre, c'est à dire à la première hypothèse dans laquelle ce n'est pas par dol du débiteur que l'obligation n'est pas exécutée ; et à la deuxième hypothèse, dans laquelle c'est par son dol que l'exécution n'a pas eu lieu. « Et Larombière dit excellemment (2) : « La clause pénale n'a compris en effet dans ses prévisions qu'un cas d'inexécution simple, et non les cas de malice, de mauvaise foi, de dol, de fait exprès. Il y a là une cause nouvelle d'indemnité ».

Ces raisons nous paraissent suffisantes pour entraîner no-

(1) Demolombe, Obl. t. I, n. 610.

(2) Larombière, Obl. t. 4, p. 34 ; dans le même sens, Aubry et Rau, 5e édit. t. 4, p. 173.

tre adhésion. Le débiteur, coupable de dol, pourra être obligé de payer des dommages-intérêts supérieurs à la peine prévue. En dehors des raisons de texte très sérieuses invoquées par Demolombe, il y a des raisons qui touchent à la moralité des contrats et qui doivent être reçues obligatoirement par les juges : il faut pénaliser les fraudeurs.

§ LII

On pouvait naguère citer comme exception à la règle que le juge ne peut modifier la peine le cas de la clause pénale ajoutée à une obligation ayant pour objet une somme d'argent, et plus particulièrement un prêt d'argent. Cette exception n'existe plus à l'heure actuelle ; mais il convient cependant d'en parler, parce qu'elle pourrait renaître d'un jour à l'autre.

Le code civil, dans son article 1907, dispose :

« L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne prohibe pas... ».

Jusqu'en 1807, aucune loi n'étant venu limiter le taux de l'intérêt conventionnel, il était loisible au prêteur de stipuler tous les intérêts qu'il lui plaisait. Par voie de conséquence, on pouvait insérer dans un contrat de prêt, ou plus généralement dans un contrat ayant pour objet une somme d'argent, une convention par laquelle, en cas d'inexécution, l'emprunteur était tenu de payer outre les intérêts une autre somme d'argent à titre de peine. Cette clause était parfaitement licite.

Mais une loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt de l'argent vint modifier cet état de choses :

« art. 1. L'intérêt conventionnel ne pourra excéder, en matière civile, 5 pour 100, ni, en matière commerciale, 6 pour 100, le tout sans retenue.

« art. 2. L'intérêt légal sera, en matière civile, de 5 pour

100 et en matière de commerce, de 6 pour 100, aussi sans retenue.

« art. 3. Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux excédant celui qui est fixé par l'article 1er, le prêteur sera condamné par le tribunal saisi de la contestation à restituer cet excédent, s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur le principal de la créance, et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal correctionnel pour y être jugé conformément à l'article suivant.

« art. 4. Tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usure sera traduit devant le tribunal correctionnel, et, en cas de conviction, condamné à une amende qui ne pourra excéder la moitié des capitaux qu'il aura prêtés à usure ».

Cette loi prohibait donc la stipulation d'un intérêt supérieur à un taux limite qu'elle fixait à 5 pour 100 en matière civile et à 6 pour 100 en matière commerciale. Bien plus elle faisait de l'usure un délit. On ne pouvait donc y contrevenir ni directement ni indirectement. L'adjonction d'une clause pénale à un contrat de prêt eût constitué un moyen de tourner cette prohibition. C'est un point que les canonistes ont surabondamment démontré, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

C'est pourquoi, sous le régime de la loi du 3 septembre 1807 on ne pouvait adjoindre une clause pénale à un contrat ayant pour objet une somme d'argent ; à moins que la peine ajoutée aux intérêts n'aboutit, tous comptes faits, à un taux inférieur au maximum fixé par la loi. Les intérêts, sous ce régime, sont considérés comme la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre du non-paiement de sa dette à l'échéance.

La loi du 12 janvier 1886 abrogea celle du 3 septembre 1807 dans ses dispositions relatives à l'intérêt conventionnel en matière de commerce ; le taux de l'intérêt commercial put

être fixé sans limites, et par voie de conséquence, il devint possible en matière commerciale de stipuler une clause pénale en plus des intérêts.

Une loi du 18 avril 1918 disposa que la limitation de l'intérêt conventionnel en matière civile serait suspendue pendant la durée de la guerre et pendant une période qui ne pourra être inférieure à cinq années à partir de la cessation des hostilités. « La loi ajoutait qu'un décret déterminera la fin de cette suspension ».

A l'heure actuelle donc pas de limite obligatoire à l'intérêt conventionnel ; ni en matière civile ni en matière commerciale. Les clauses pénales ajoutées aux contrats portant sur une somme d'argent sont incontestablement valables. Mais ce régime durera-t-il ? Rien n'est moins sûr. Un simple décret pourrait le modifier et alors les clauses pénales ne seraient plus validées par les tribunaux, si nous devons nous en référer à la jurisprudence et aux principes antérieurs à la loi de 1918. Mais aujourd'hui, en cas de rétablissement de la limitation du taux de l'intérêt conventionnel, la question serait douteuse. La jurisprudence actuelle en effet est favorable à l'allocation de dommages-intérêts compensatoires en matière d'obligations de sommes d'argent. On pourrait donc stipuler une clause pénale dont le montant serait supérieur aux intérêts légaux à condition d'indiquer précisément le dommage éventuel supérieur à l'intérêt légal que pourrait subir le créancier. Autrement dit, il faudra prouver ou la mauvaise foi du débiteur ou un dommage indépendant du retard et que l'on prévoira dans le contrat. C'est dans cette mesure, et dans cette mesure seulement que l'on pourra valider la clause pénale jointe, en sus des intérêts, à un contrat ayant pour objet une somme d'argent.

SECTION V

Divisibilité et indivisibilité : insuffisance des solutions du code civil. — Divisibilité et indivisibilité de l'obligation pénale. — Recours des co-débiteurs entre eux. Contravention du débiteur envers un des co-créanciers.

§ LIII

A la fin de la section consacrée aux obligations avec clause pénale (1), le code civil traite des effets de la divisibilité et de l'indivisibilité. A vrai dire, il ne mentionne que certains de ces effets, beaucoup d'entre eux étant passés sous silence, soit que le législateur ait pensé qu'ils découlaient des principes du droit commun, soit qu'il les ait purement et simplement oubliés. Quoiqu'il en soit, le code civil donne dans ses articles 1232 et 1233 les solutions suivantes :

1232. - Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des co-héritiers pour leur part et portion et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.

1233. - Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'on exécutée.

Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant

(1) Code Civil, art. III, T. III, chap. IV, sect. VI.

été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un co-héritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres co-héritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours ».

Suivant leur méthode habituelle, les rédacteurs du code se sont contentés de donner certaines solutions se référant à des cas particuliers choisis parmi ceux qui se rencontrent le plus fréquemment dans la pratique, au lieu d'énoncer des principes généraux embrassant tous les cas possibles. Il est vrai que ces principes se trouvent implicitement contenus dans ces solutions particulières ; le raisonnement nous permettra de les dégager ; mais on peut parfois hésiter sur la portée d'une solution et c'est pourquoi les commentateurs disputent et n'arrivent pas toujours à s'entendre.

A l'aide des principes généraux du droit commun et de ceux que l'on peut déduire des articles cités plus haut, et en partant du plus simple au plus complexe, nous allons essayer de résoudre la plupart des questions que pose, à propos de la clause pénale, le caractère divisible ou indivisible des obligations. Nous envisagerons les effets de la divisibilité et de l'indivisibilité lorsqu'elles affectent d'abord l'obligation principale et ensuite l'obligation pénale accessoire.

Lorsque l'obligation principale est divisible, aucune difficulté ; il suffit d'appliquer le droit commun dont le 1er alinéa de l'article 1233 n'est qu'une illustration. Le code civil donne comme exemple le cas d'un débiteur d'une dette divisible qui meurt en laissant plusieurs héritiers ; l'un des héritiers contrevient à cette obligation ; qu'en résulte-t-il ? En vertu de l'article 1220, l'obligation, qui entre le créancier et le débiteur devait être exécutée comme si elle était indivisible, se divise entre les héritiers qui ne sont tenus chacun que pour sa part et portion à l'héritage. D'où il suit que l'accessoire suivant le principal et la clause pénale l'engagement

primitif, l'héritier contrevenant n'aura à payer que la fraction de la peine correspondant à la part dont il était tenu comme représentant le débiteur décédé. Le créancier n'a aucune action contre les héritiers qui ont exécuté leur obligation, ou qui en ont été libérés par cas fortuit, force majeure, ou par une cause qui leur est étrangère.

Dans le cas où deux ou plusieurs héritiers, et non plus un, ont contrevenu à l'obligation principale, il va de soi qu'ils ne sont tenus de payer la peine, eux aussi, que pour leur part. Aucune solidarité ne les unit. Le créancier est obligé de réclamer à chacun sa part.

Le code n'a parlé que d'héritiers d'un débiteur d'une dette divisible ; mais la solution sera la même s'il s'agit de débiteurs conjoints, les raisons de décider étant les mêmes (2).

C'est dans le cas où l'obligation principale est indivisible que commencent les difficultés, à raison de l'obscurité qui enveloppe la théorie des obligations indivisibles. Il convient pour la clarté de l'exposition de distinguer deux espèces d'obligations indivisibles, celles qui le sont par nature, et celles qui le sont par la convention des parties, ou, comme disent les vieux auteurs, celles qui le sont **natura** et celles qui le sont **solutione**.

Comme pour les obligations divisibles, le code n'envisage que le cas de plusieurs héritiers tenus de payer une dette indivisible de leur auteur ; mais comme précédemment, les solutions que l'on donne sont valables également et d'une façon générale pour tous débiteurs d'une obligation indivisible, d'un corps certain par exemple, ou plus souvent d'un fait ou d'une abstention.

L'article 1232 prévoit le cas où l'un des cohéritiers contrevient à l'obligation indivisible ; dans cette conjoncture, le créancier peut exiger la totalité de la peine du co-héritier

(2) En ce sens : Larombière, f. 4, art. 1232, n. 10. - Demolombe t. 26, n. 692. - Baudry-Lacautinerie et Barde 42, n. 1380.

contrevenant, et aux non-contrevenants, il pourra leur réclamer la peine, chacun pour sa part et portion.

Une telle solution que nous sommes bien obligé d'admettre puisqu'il y a un texte formel, nous paraît difficilement justiciable du point de vue juridique. Les raisons qu'on a voulu en donner nous semblent embarrassées et peu convaincantes ; il ne faut pas pousser la superstition du code jusqu'à vouloir y découvrir des raisons juridiques là où on ne saurait raisonnablement en trouver. Baudry - Lacantinerie et Barde donnent de cette solution l'explication suivante : « ...Il est difficile d'expliquer pourquoi les autres héritiers peuvent être pousuivis, en vertu de la clause pénale, chacun pour sa part et portion. Voici le motif de cette disposition. L'obligation subsidiaire qui résulte de la clause pénale a été contractée par le débiteur sous la condition que l'engagement principal ne serait pas rempli. Il suffit que cet événement se produise pour que la condition soit réalisée. Peu importe que l'inexécution soit postérieure au décès du débiteur et imputable à un seul de ses héritiers. Le fait auquel était subordonnée la naissance de l'obligation accessoire n'en est pas moins arrivé. La situation est la même que si la contravention avait eu lieu avant l'ouverture de la succession (3) »

Cette argumentation n'explique pas grand'chose. En cette matière, on aurait pu adopter deux solutions : ou bien se fondant sur la règle que l'accessoire suit le principal et que l'obligation pénale embrasse nécessairement le caractère indivisible de la principale, le législateur aurait pu décider que la peine entière serait dûe par chacun des cohéritiers même non-contrevenants, sauf leur recours ; ou bien se basant sur cette raison d'équité et de droit qu'il faut une faute pour que la peine soit encourue, il aurait du déclarer que seul le cohéritier contrevenant pourrait être poursuivi, les autres ne devant pas payer pour une faute qu'ils n'ont pas commise.

(3) Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1375.

Le législateur n'a pas voulu s'arrêter à la première solution, la jugeant sans doute trop rigoureuse, quoique d'une incontestable logique : il n'a pas voulu de la seconde parce qu'elle lui semblait léser les droits du créancier et qu'il voulait quand même que l'indivisibilité de l'obligation principale eût un effet, au moins partiel, sur l'obligation pénale. Et c'est pourquoi il a adopté cette solution bâtarde qui consiste à dire que l'indivisibilité aura un effet divisé sur les co-héritiers indivisibles. Singulier hommage qu'on rend à un principe en le trahissant et en lui substituant son contraire.

L'article 1233 a prévu le cas où l'obligation principale est divisible **natura**, mais indivisible **solutione**. Auquel cas les solutions de l'article 1232 s'appliqueront, tout comme s'il s'agissait d'une obligation indivisible **natura**. Toutefois la première phrase du deuxième alinéa de l'article 1233 nécessite quelques explications à raison de la singularité de sa rédaction. Elle est ainsi libellée : « cette règle (celle énoncée au 1^{er} alinéa) reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un co-héritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité ». Il va de soi que quand une clause pénale est ajoutée à une obligation principale divisible, on ne saurait présumer que les parties ont entendu faire de celle-ci une obligation indivisible **solutione**. Il faut que les contractants précisent leur intention à cet égard. Il était donc tout à fait inutile d'ajouter à l'article 1233 un deuxième alinéa. L'article 1232 suffisait, car quand il parle d'obligations indivisibles, il s'exprime d'une façon tout à fait générale et il embrasse à la fois et celles qui le sont **natura** et celles qui le sont **solutione**.

Que doit-on décider lorsque non plus un, mais deux ou plusieurs débiteurs d'une obligation indivisible y ont contrevenu ? Le code civil est muet sur ce point. Il nous paraît évident en ce qui concerne la question des poursuites que le

créancier peut réclamer la totalité de la peine à chacun des contrevenants (arg. 1332) ; mais s'il obtient cette totalité de l'un d'entre eux, il ne peut la réclamer une seconde fois à un deuxième contrevenant (arg. 1229) ; quant au contrevenant poursuivi, il ne peut exciper du bénéfice de division, aucun texte ne l'y autorisant. A-t-il, s'il a payé, un recours contre les autres contrevenants ? En principe non, la faute d'un autre ne rendant pas la sienne excusable. Mais il nous semble qu'il faudrait cependant l'admettre, car autrement, on aboutirait à ce résultat immoral de voir un coupable non puni parce qu'un autre aurait payé à sa place.

§ LIV

Nous avons envisagé jusqu'ici l'hypothèse d'une obligation principale indivisible. Il nous faut nous demander maintenant quels sont les effets de l'indivisibilité de l'obligation pénale. Le code, fidèle à sa méthode habituelle, a donné une solution pour un cas déterminé. Dans le cas où le créancier d'une obligation principale indivisible est victime de la contravention de l'un des co-héritiers, le co-héritier contrevenant est tenu de la totalité de la peine, les autres sont tenus, chacun pour sa part et portion, et **hypothécairement pour le tout**, et cela en vertu du caractère indivisible de l'hypothèque (2114 c. civ.). Ainsi donc, en cas que la clause pénale est garantie par une hypothèque qui affecte l'immeuble d'un des co-débiteurs indivisibles non-contrevenants, ce dernier sera obligé de payer la totalité de la peine, s'il en est requis par le créancier.

Que décider dans le cas où une obligation pénale indivisible est adjointe à une obligation principale divisible ? Comme il n'existe aucun texte qui réponde à cette question, nous nous déciderons d'après les principes généraux. Le co-débiteur contrevenant sera tenu de payer la peine entière au

créancier ; les co-débiteurs qui ont rempli leurs obligations ne pourront être poursuivis par celui-ci.

§ LV

Quelques-unes des diverses solutions que nous avons données peuvent paraître, non sans raison, contraires à l'équité. Il est vrai que nous n'avons examiné la question que du point de vue de la poursuite du créancier. Il nous reste à l'envisager au point de vue de la contribution des co-débiteurs. Les articles 1232 et 1233 ont eu soin de réserver aux co-débiteurs non-contrevenants qui ont payé un recours contre celui par la faute duquel la peine est devenue exigible. Ainsi en est-il du co-débiteur d'une obligation principale indivisible qui a payé la peine pour sa part et portion par la faute d'un de ses co-débiteurs. Ainsi en est-il également et à plus forte raison de celui qui, tenu hypothécairement pour le tout, a payé la peine entière au lieu et place du co-débiteur contrevenant. Il a certes un recours contre ce dernier pour la totalité de ce qu'il a déboursé ; mais s'il se heurte à l'insolvabilité totale ou partielle du coupable peut-il se retourner contre les co-débiteurs non-contrevenants ? A cette question, l'article 1225 répond par l'affirmative : « L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation indivisible, peut demander un délai pour mettre en cause ses co-héritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses co-héritiers ? »

Cette solution se rencontre également dans le cas d'obligations solidaires. L'article 1214 dispose en effet : « Le co-débiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux.

« Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne

son insolvabilité se répartit par contribution, entre tous les autres co-débiteurs solvables et celui qui a fait le paiement ».

§ LVI

Le code n'a prévu, comme nous l'avons dit, que les cas d'indivisibilité passive ; il a négligé ce que nous avons appelé, par analogie avec la solidarité, l'indivisibilité active. Qu'arrive-t-il, lorsque le débiteur contrevient à son obligation indivisible, envers l'un des héritiers du créancier, ou d'une façon plus large, envers l'un de ses co-créanciers ? Nous avons vu que Pothier, sacrifiant la logique à l'équité, décidait que la peine ne devait être encourue qu'envers celui des créanciers qui a été victime de la contravention. Les autres n'ayant subi aucun préjudice ne peuvent rien réclamer. Mais le créancier lésé a-t-il droit à toute la peine ou seulement à la part qui lui revient dans l'obligation principale ? Les auteurs ont beaucoup argumenté sur ce point. Thoureau a donné la réponse suivante :

« Le code n'a point prévu la situation. L'interprétation reste donc libre. Je crois qu'il faut adopter sans hésitation ni détours le résultat pratique auxquels étaient arrivés les jurisconsultes romains. La peine sera encourue dans la mesure seulement de la part héréditaire du créancier envers qui l'obligation principale n'a point été exécutée et à son profit seulement. C'est ici que la conséquence logique de cette idée, que la contravention à une obligation que chaque créancier a le droit d'exiger pour le tout entraîne la commise totale de la peine par la contravention envers un seul des créanciers, est tenu en échec par ce principe d'équité que nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Bien qu'en effet l'objet de l'obligation principale soit un droit indivisible, chaque héritier du créancier n'en profite cependant que dans la mesure de sa part héréditaire. Dès lors il est juste

qu'il ne profite de la commise de la peine que dans la même proportion. D'un autre côté, attribuer à ses co-héritiers le surplus de la peine, que je suppose encourue pour le tout, serait non moins injuste, car l'obligation principale a été exécutée envers eux, et ils cumuleraient, contrairement à l'article 1229 le principal et la peine ». (1)

Sans nier ce que ces arguments peuvent avoir de conforme à l'équité, il ne nous semble pas possible de les admettre, car ce serait alors refuser tout effet à l'indivisibilité et il n'y aurait plus aucun intérêt à distinguer les obligations divisibles des obligations indivisibles. L'équité doit certes toujours tempérer ce que la logique peut avoir de trop rigoureux, mais il ne faut pas cependant qu'elle l'annihile complètement. C'est pourquoi nous pensons que le créancier victime de la contravention peut exiger du contrevenant la totalité de la peine.

(1) Thèse, p. 184. - Dans le même sens Laurent, XVII, n. 468.

CHAPITRE VI

LE CONTRAT DE TRAVAIL

SECTION PREMIERE

**Le code civil et la loi du 27 décembre 1890 sur la rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée.
Interprétation de la loi. — Loi du 19 Juillet 1928**

§ LVII

Parmi les contrats auxquels il est d'usage d'adjoindre une clause pénale, le louage de services occupe aujourd'hui une place à part. A vrai dire, il n'en a pas été toujours ainsi. Le code civil, on l'a souvent dit, est un code essentiellement bourgeois (1), c'est « la charte de la propriété acquise » (2). Le sort des ouvriers avait laissé complètement indifférents ses rédacteurs, lesquels n'accordèrent qu'une très médiocre attention au contrat de travail, dont ils firent une variété de louage, l'activité humaine étant assimilée à une véritable marchandise. Cette lacune énorme du code civil aboutit dans la pratique à une oppression des classes laborieuses par le patronat et à des abus tels qu'il fallût bien, sous la pression des circonstances et sous l'influence des doctrines socialistes ou socialisantes que le législateur intervînt pour promulguer

(1) Voir notamment : Albert Tissier, le code civil et les classes ouvrières, avec toute la bibliographie (Code Civil, Livre du Centenaire publié par la Société d'Etudes législatives T. I., pp. 73-94. - Saleilles, le code civil et la méthode historique, Livre du Centenaire notamment pp. 114 et ssq.

(2) Saleilles, id., p. 114.

en faveur des ouvriers toute une série de lois qui constituent aujourd'hui le code du Travail. Mais cela se fit lentement et à une époque relativement récente. Pendant presque tout le XIX^e siècle, la clause pénale (pour nous en tenir à ce point spécial) qui était adjointe aux contrats de travail, sous différentes formes, était soumise au droit commun des articles 1152 et 1134, c'est à dire au principe de l'autonomie de la volonté, qui se révéla ici aussi faux dans son fondement que préjudiciable dans ses applications.

Ainsi donc, sous l'empire du code civil, liberté entière d'insérer des clauses pénales dans les contrats de travail. Dans ceux notamment qui étaient conclus pour une durée indéterminée, il était licite de prévoir qu'en cas de brusque rupture ou de résiliation sans motif légitime par l'une ou l'autre des parties, il ne serait dû qu'une indemnité très réduite ou même aucune indemnité. Sans cette clause, d'ailleurs, en cas de résiliation abusive, celui qui avait mis fin au contrat n'était pas tenu de payer des dommages-intérêts, puisqu'on avait toujours le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée. Ce n'est que si on donnait congé sans respecter le délai d'usage qu'on pouvait en être tenu et cela par analogie avec le louage de choses (art. 1733)).

La loi du 27 décembre 1890 modifiant l'article du code civil apporta de notables modifications à cet état de choses.

Cette loi énonce d'abord un corollaire de cette proposition contenu dans le 1^{er} alinéa de l'article 1780 : « on ne peut engager ses services qu'à temps... » elle déclare en effet : « le louage de service fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ». Mais elle ajoute dans son second alinéa : « néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts.

« Pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services en-

gagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé ».

Par ces dispositions prises évidemment en faveur des ouvriers, quoiqu'en principe, les patrons puissent s'en prévaloir, le législateur a posé un principe nouveau que l'on peut rattacher à la théorie de l'abus du droit. Chacune des parties d'un contrat de travail à durée indéterminée peut certes mettre fin au contrat ; mais il ne faut pas désormais qu'elle le fasse sans motifs légitimes et d'une manière abusive ; et si elle le fait, il lui faudra indemniser l'autre partie. Mais on pouvait craindre que les patrons n'éludassent cette disposition de la loi en faisant signer par leurs employés, au moment de l'embauchage, une renonciation aux dommages-intérêts en cas de renvoi, même non motivé. C'est pourquoi, sur la proposition du sénateur Trarieux (3), on adjoignit à ce texte la prohibition suivante : « Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus ».

§ LVIII

Cette proposition si claire et sur la portée de laquelle il ne semblait pas qu'il pût y avoir de doute, a donné lieu à de nombreuses controverses doctrinales et à des divergences de jurisprudences. On s'est demandé en effet si en présence d'un tel texte on pouvait fixer à l'avance le montant de l'indemnité qui serait dû par la partie en faute en cas de renvoi ou de départ non motivé (1). Certains soutenaient que la

(3) Voir Dalloz 1891.4.37.

(1) Bien entendu, la solution ne faisait pas de doute pour les clauses qui impliquent une renonciation totale au droit de demander des dommages-intérêts. Ainsi, un jugement du trib. de com. de la Seine du 5 mai 1891 (S. 1892.2.124. 1^{er} espèce Richardot c. d'Henry avec la note) a dé-

clause pénale, en pareil cas, était parfaitement licite ; car bien loin d'impliquer une renonciation au droit de demander des dommages-intérêts, elle ne faisait au contraire que le sanctionner. Cette manière de voir fut suivie par une partie de la jurisprudence. Un jugement du Tribunal de la Seine du 9 septembre 1892 (2) déclare notamment : « que vainement Laroche prétendrait qu'une telle convention serait contraire à l'esprit de la loi du 27 décembre 1890 ; qu'en effet, cette loi stipule qu'est nul l'engagement de renoncer à l'avance à tout droit éventuel de dommages-intérêts, cette prescription ne fait pas dérogations aux dispositions de l'article 1134 c. civ. ; elle a seulement pour but d'empêcher l'employé d'aliéner à l'avance ses droits à exercer son recours en cas de préjudice subi, mais elle ne saurait avoir pour effet d'empêcher cet employé de fixer à l'avance l'importance dudit préjudice ».

Ce jugement nous semble méconnaître totalement l'esprit de la loi du 27 décembre 1890 ; car si, comme il veut, le nouvel article 1780 ne fait pas dérogation aux dispositions de l'article 1134, il faudra valider même les clauses pénales qui fixent à un chiffre dérisoire l'indemnité due. Cette difficulté avait pourtant été aperçue lors de la discussion de la disposition précitée de l'article 1780 par. 4 et elle avait fait l'objet d'abondantes explications de la part de son auteur, le sénateur Trarieux.

« Si, en principe, disait-il, nous permettions de fixer par

claré nulle une clause ainsi conçue : « tout employé, quels que soient son sexe et sa spécialité, pourra être remercié le jour même, sans qu'il puisse réclamer une indemnité quelconque voir de même un jugement du tribunal de Paix de Reims du 6 juin 1891 (S. 92.2.124. 4e espèce) qui annule une clause semblable en invoquant les art. 1131 et 1133 c. civ. combinés avec l'article 1er de la loi du 27 déc. 1890. Ce jugement ne semble pas bien distinguer l'indemnité due pour brusque congédiement de celle due pour résiliation abusive.

(2) D. 93.2.545. avec la note de M. Planiol. Dans cette espèce encore, comme le remarque justement M. Planiol dans sa note, il paraît bien résulter des faits et énonciations du jugement que l'employé congédié se plaignait seulement d'avoir été renvoyé brusquement. Pour cette raison, ajoutait-il, le jugement paraît inattaquable. Mais les motifs conçus en termes généraux donnent à penser que le tribunal aurait jugé de la même façon s'il s'agissait d'une résiliation abusive.

avance les dommages-intérêts par des clauses pénales, nous aurions, comme je l'ai déjà démontré, à redouter surtout qu'elles servissent de moyen pour éluder une loi que nous voulons rendre obligatoire. Quant à ces clauses pénales sérieusement et équitablement stipulées par les parties, nous n'avons pas à nous en préoccuper, car il nous a paru d'évidence qu'elle ferait forcément la loi des tribunaux, si ceux-ci étaient appelés à en apprécier le caractère. En donnant, en effet, à la justice comme règle de ses décisions, la mission de se référer aux usages et à toutes les circonstances propres à l'éclairer, il n'y a point à craindre qu'elle néglige de sanctionner en se les appropriant des conditions qui lui auraient paru loyales et équitables. Mais ce que nous ne voulons pas, c'est que la porte reste ouverte à des simulations et à des fraudes et c'est pour ce motif que nous avons tenu de réserver en toute hypothèse ce contrôle, s'il plaisait aux parties, à leurs risques et périls, de s'y référer. « A la même séance du Sénat, sur une observation faite par M. Munier, M. Trarieux ajoutait que « si la convention fixait un chiffre de dommages-intérêts inférieur à celui réellement dû, cette convention ne serait pas opposable ». Enfin, interrogé sur le point de savoir si le tribunal aurait le droit de réduire le dédit en cas où il le trouverait exorbitant, M. Trarieux déclarait encore dans la même séance du 28 novembre 1890 « Les tribunaux auraient la mission d'être équitables, quand on les consulterait, et nous avons pleine confiance dans leur prudence et dans leur justice ».

M. Poincaré, rapporteur à la chambre des Députés définissait ainsi l'esprit de la loi ; « Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit de demander des dommages-intérêts. C'est la sauvegarde nécessaire de la liberté sérieuse des parties contractantes. C'est la protection de la faiblesse contre la force et contre les abus d'autorité ».

Toutes ces déclarations, que nous avons tenu à reproduire

complètement n'ont certes pas force de loi ; mais elles ont guidé la jurisprudence postérieure au jugement précité du Tribunal de la Seine. Ainsi un arrêt de la Cour d'Aix du 3 mars 1897 (3) qui a infirmé un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille du 21 juillet 1896 a repris toute l'argumentation de M. Trarieux. Il s'agissait en l'espèce d'un patron et d'un employé qui avaient fixé à la somme de 10 francs l'indemnité qu'ils auraient à payer l'un à l'autre dans le cas de brusque congé ou d'abandon d'emploi. Le jugement du Tribunal de Commerce de Marseille avait déclaré cette clause valable par les motifs suivants ; « Attendu que les défendeurs ont excipé d'un engagement, par lequel les parties fixaient d'un commun accord à dix francs l'indemnité qu'elles auraient à payer l'une à l'autre, dans le cas de brusque congé ou d'abandon d'emploi ; que Ducrès a pris alors des conclusions en 1500 francs de dommages-intérêts ; - Attendu que, aux termes de l'article 1152 c. civ., lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre, que les prescriptions de cet article ne sont point, comme le prétend le demandeur, en opposition avec les termes de l'article 1780 c. civ., modifié par la loi du 27 septembre 1890 (art. 1) lequel prévoit seulement le cas où les parties auraient renoncé à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts, que les défendeurs sont donc fondés à lui faire l'offre de dix francs seulement, montant de l'indemnité convenu... etc. »

La Cour d'Aix a rapporté ce jugement en motivant abondamment sa décision : « Considérant, disait-elle, qu'une convention serait incontestablement valable, si elle avait été sérieusement et équitablement stipulée ; mais qu'il est mani-

(3) S. 1897.2.140 Ducrès c/ Levy frères, et la note.

feste, en présence du chiffre dérisoire qu'elle édicte, et qui ne correspond même pas à la valeur de trois journées de travail, intérêts exclus, qu'elle a été imaginée uniquement en vue d'éluder la loi, et constitue par avance une renonciation indirecte au droit éventuel, ouvert aux contractants par le nouvel article 1780 c. civ., de se demander réciproquement des dommages-intérêts pour le cas où le contrat serait résilié par la volonté d'un seul d'entre eux, dans des conditions susceptibles d'en entraîner l'allocation ; qu'à ce titre elle est illicite et ne peut avoir aucun effet ; que, partant les premiers juges en ont mal à propos proclamé la validité ; qu'il appartient aux tribunaux de rechercher quelle a été la commune intention des parties lorsqu'il s'agit d'interpréter les conventions qui se sont formées entre elles, et que l'obligation où ils se trouveraient de s'arrêter à la lettre du contrat paralyserait l'exercice de ce droit supérieur ; qu'ici, de même que le législateur a entendu leur confier un pouvoir très ample à l'effet d'apprécier les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue d'un préjudice, il a voulu, par le silence qu'il a gardé sur ce point, laisser à leur prudence et à leur sagesse le soin d'examiner si la mauvaise foi ne chercherait pas à s'abriter derrière les dispositions de l'article 1152 pour échapper à la prohibition spéciale qu'il édictait dans le paragraphe 4 de la loi du 27 décembre 1890, sur le contrat de louage ; qu'il est inadmissible qu'il dépende des parties, en convenant du paiement d'une somme insignifiante, 1 franc par exemple, de se soustraire à une condamnation éventuelle pouvant s'élever dans certains cas à une somme importante ; que vainement on invoque la liberté des contrats et la réciprocité de l'engagement, puisque c'est justement cette liberté réciproque de renonciation anticipée que la loi a pour but de proscrire ; que consacrer de semblables accords équivaldrait à la violer ; - Considérant qu'il résulte de ce qui

précède que la convention dont se prévalent les intimés doit être tenue pour inexistante... » (4)

Ainsi donc, par cet arrêt, la Cour d'Aix a consacré sur le terrain de la jurisprudence les idées de M. Trarieux. En principe, les parties peuvent fixer à l'avance le montant de l'indemnité ; la clause pénale est valable, mais les tribunaux se réservent le droit d'examiner si elle a été « sérieusement et équitablement stipulée » ; et dans le cas où il n'en aurait pas été ainsi, de l'annuler. Autrement dit la clause pénale perd ici sa fixité qui est en droit français, sa caractéristique essentielle. Du moment que les juges peuvent n'en pas tenir compte, qu'ils peuvent allouer des dommages-intérêts supérieurs, si la peine est dérisoire, et réduire celle-ci, comme semble bien l'admettre M. Trarieux, si elle est excessive, nous ne voyons plus l'intérêt qu'il y a à déclarer qu'il est licite de prévoir dans un contrat de travail à durée indéterminée le montant de l'indemnité qui serait dû par la partie en faute, en cas de résiliation abusive. La clause pénale n'ayant ici aucun caractère impératif et ne s'imposant pas au juge, il nous paraît beaucoup plus simple et plus logique de dire qu'elle est nulle et de nul effet ou tout au moins complètement inefficace.

§ LIX

La loi du 27 décembre 1890 n'avait édicté toutes ces prescriptions et prohibitions que pour le cas de résiliation abusive du contrat de travail à durée indéterminée ; la question res-

(4) Voir aussi Cass. 15 fév. 1899. S. 99.1.313. - Perreau, p. 493. - De même, lorsque dans un contrat de louage de services, les parties fixent à l'avance une indemnité pour rupture abusive dont le montant est tellement élevé qu'elle ait pour but et pour conséquence de supprimer la faculté de résiliation, de l'une des parties et de transformer à son égard le contrat en un engagement perpétuel la jurisprudence le déclare nul comme contraire à l'ordre public. Trib. civ. Seine 23 mai 1932 Benoît es-qualités, Gaz. Pal. 1933 Sommaire p. 20, La loi 28 déc. 1932.

tait donc entière pour ce qui concernait le brusque congédiement, c'est à dire la non-observation du délai-congé. Il était donc parfaitement licite de prévoir dans le contrat qu'aucune indemnité ne serait dûe en cas de renvoi ou de départ sans délai. C'est là un point que les tribunaux n'ont pas bien aperçu au commencement ; de là certaines confusions de la part de la jurisprudence. Du reste, ce silence de la loi concernant le délai-congé ne se comprenait pas ; c'est pourquoi, par la loi du 19 juillet 1928, on a ajouté de nouvelles dispositions à la loi précitée du 27 décembre 1890 (code du Travail L. I. art. 23) lesquelles portent notamment que « les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part la résiliation abusive du contrat par la volonté d'une des parties contractantes etc... »

Et comme ce paragraphe a été placé avant l'alinéa qui veut que « les parties ne peuvent renoncer au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus », il en résulte que la situation est désormais la même pour la clause pénale qui sanctionnerait un brusque congédiement ou une rupture abusive ; dans les deux cas, elle est nulle.

La loi du 19 juillet 1928 ne s'est pas contenté de ces mesures pour protéger l'ouvrier. Elle a, en outre, étendu dans son alinéa II (art. 23 L. I, code du Travail) ; le privilège établi par l'article 2101 - 4° du code civil aux indemnités prévues, soit à raison de l'inobservation du délai-congé, soit à raison de la résiliation abusive du contrat (1).

Par suite, lorsqu'une indemnité est prévue, pour le cas de brusque rupture ou de résiliation abusive, ou pour les deux

(1) Art. 2101 c. civ. « Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées et s'exercent dans l'ordre suivant :

4°) Loi du 17 juin 1919. - Les salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû de l'année courante, les sommes pour lesquelles un privilège est établi à l'article 549 du code de commerce et les appointements de tous ceux qui louent leurs services pour les six derniers mois.

cas à la fois, dans la mesure où elle est validée par la jurisprudence, elle bénéficie de ce privilège.

Mais tout privilège devant être interprété restrictivement, il a été décidé que le privilège établi par l'alinéa II de la loi du 19 juillet 1928 ne s'appliquerait qu'aux contrats à durée indéterminée, à l'exclusion des contrats à durée déterminée.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 15 décembre 1930 (2) a sanctionné cette manière de voir :

« ...Attendu, dit-elle, que toute loi qui étend le bénéfice d'un privilège doit être interprétée strictement ; qu'il suit de là que le tribunal a refusé à bon droit d'appliquer à un louage de service conclu pour une durée déterminée, un texte qui ne vise que le contrat de travail à durée indéterminée... »

Dans ce même arrêt, la Cour de Cassation a refusé d'assimiler, même pour partie, la clause pénale à des salaires : « Attendu que le pourvoi soutient que l'indemnité de 30.000 francs allouée à Picard représentant la contre-valeur forfaitaire de mensualités qu'il aurait touchées si le contrat n'avait pas été rompu, doit être assimilée à des salaires ; qu'il en déduit que le jugement attaqué a violé l'article 2101 - 4° c. civ. en refusant d'assortir du privilège prévu par ce texte tout au moins une somme de 18.000 francs, représentant six mois de salaire à 3.000 francs par mois ;

« Mais attendu que l'indemnité forfaitaire de 30.000 francs prévue par la clause pénale n'était que l'évaluation contractuelle des dommages-intérêts dûs en cas de résiliation abusive du contrat et qu'elle ne pouvait dès lors être assimilée à des salaires etc... »

(2) Cass. civ. 15 déc. 1930, Gaz. Pal. 1931.1.180. Picard c : Gaubert es-qualités. - Dans le même sens Dijon 23 juillet 1930. Gaz. Pa. 1930.2. 614 et la note ; - Trib. Com. Calais 21 avril 1931 Beaurain c. : syndics faillite François, Gaz. Pal. 1931.1.784.

On voit par là que les contrats à durée déterminée sont beaucoup plus mal partagés par le législateur et la jurisprudence que ceux à durée indéterminée.

SECTION II

La jurisprudence de la Cour de Cassation concernant les amendes des règlements d'atelier ; - Loi du 5 avril 1932

§ LX

Les amendes contenues dans le règlement d'atelier constituent la deuxième forme sous laquelle la clause pénale apparaît dans le contrat de travail. On sait ce qu'est le règlement d'atelier : c'est, comme dit M. Perreau (1), « la loi intérieure de l'usine. Il comprend ou peut comprendre tout un ensemble de prescriptions, les unes interprétatives de volonté, les autres, en plus grand nombre, impératives, ou même comminatoires et sanctionnées par des amendes ou des pénalités graduées ». Et plus loin (2), il ajoute : « le règlement d'atelier est moins un contrat de salaire-type qu'une déclaration unilatérale de volonté du patron, sorte d'acte de souveraineté » ; et c'est pourquoi se pose tout de suite une question, celle de la connaissance des clauses du contrat par l'ouvrier et de son consentement. Nous n'avons pas l'intention ici d'étudier ni de résoudre le problème du contrat d'adhésion ; nous supposons les difficultés résolues et le contrat d'adhésion parfaitement licite. Mais encore faut-il que l'ouvrier qui y consent ou qui y adhère ait eu connaissances de ces clauses et conditions. En particulier, pour que les amendes contenues dans le règlement d'atelier lui soient opposables, il est absolument nécessaire qu'elles aient été portées à

(1) P. 861.

(2) P. 862.

sa connaissance, notamment par l'affichage dudit règlement.

C'est ainsi d'ailleurs que le concevait la majeure partie de la jurisprudence avant la loi du 5 avril 1932 dont il sera parlé plus loin (3).

Quelquefois le contrat prévoit des amendes sans en préciser le chiffre ; en ce cas il est de jurisprudence que le juge peut en apprécier la légitimité et l'importance (4).

Si le règlement d'atelier ne prévoit pas d'amende, « c'est un point discuté, disait M. Demogue (5), de savoir si le patron peut en infliger une. Réserve faite sur la question de validité dans les deux cas, il nous semble difficile de soutenir que l'on est en présence de clauses pénales proprement dites, Nous entrons déjà dans la sphère, voisine à vrai dire, mais distincte cependant, de ce qu'on a appelé le droit pénal autonome que nous n'avons pas à étudier ici.

Quoi qu'il en soit, cette question qui n'a plus, à l'heure actuelle, qu'un intérêt rétrospectif, ne saurait être ainsi résolue, en dépit de l'opinion de l'éminent juriste qui l'a soutenue. Le simple usage ne peut suffire à notre avis pour conférer au patron un pouvoir aussi exorbitant, d'autant plus que déjà, même lorsqu'elles étaient prévues et acceptées par les parties, les amendes, si elles étaient licites, aboutissaient néanmoins à des résultats iniques.

La jurisprudence en effet s'est toujours montré très rigoureuse dans l'application des clauses pénales prévues sous forme d'amendes. Même quand ces dernières étaient exagérées eu égard au montant du salaire, elles les validaient en se

(3) Voir notamment Cass. 12 mars 1918. D. 1918. 1.39. - voir également Cass. civ. II mai 1886.1.416 ; « Att. que XX..... ont fait afficher dans les endroits les plus apparents de leurs ateliers un règlement d'atelier portant etc. »

(4) Demogue, p. 481 - Trib. Seine 9 juin 1905. S. 1906.2.252 Bornay, Engagement théâtral, Thèse Paris 1906, p. 98 - Trib. Marseille 24 fév. 1907. Gaz. Pal. 1907.1.444.

(5) PP. 481-482 et en note M. Demogue cite pour la négative Trib. Bordeaux 16 avril 1894 Rec. Bord. 1894.2.67 ; - Bornay p. 97 ; contra Trib. Seine 11 déc. 1885 D. 1886.2.49 (impl.)

fondant sur les articles 1134 et 1152 c. civ. La Cour de Cassation a eu l'occasion de réformer des décisions de certains tribunaux et notamment de conseils de Prud'hommes qui, pour des raisons d'humanité et d'équité, avaient cru devoir faire fléchir la rigueur des lois.

Dès 1866 sa jurisprudence était fixée. Dans un arrêt de cette même année (6), elle cassa pour les motifs suivants un jugement du Conseil des Prud'hommes d'Aubusson qui avait réduit une amende :

« La Cour : - Vu les articles 1134 et 1152 C. Nap. ; Att. que le jugement attaqué constate que les demandeurs ont fait afficher à la porte de leurs ateliers un règlement faisant défense à leurs ouvriers d'entrer dans les dits ateliers avec des sabots, sous peine d'une amende de 10 francs ; - Que la femme Julliard, admise comme ouvrière dans la fabrique des demandeurs, a adhéré à ce règlement et qu'elle y a contrevenu ; Att. que, sans dénier que ce règlement eût un caractère conventionnelle et obligatoire pour la femme Julliard, le jugement attaqué a néanmoins réduit à la somme de 50 centimes l'amende stipulée à titre de dommages-intérêts sur le fondement que cette amende est d'une exagération évidente, et qu'aux termes de l'article 1231 C. Nap. le juge peut modifier la peine lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ; - Mais att. qu'aux termes des articles 1134 et 1152 c. Nap., les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ; Que d'autre part, l'article 1231, même code, devenait sans application à l'espèce, où il est constaté que non seulement la femme Juilliard n'a pas exécuté en partie l'obligation principale, mais qu'elle a contrevenu pour la totalité ; - D'où il suit

(6) Cass. civ. 14 fév. 1866 Paris c. Julliard S.. 66.1.194.

qu'en jugeant comme il l'a fait, le jugement attaqué a fausement appliqué ledit article 1231, violé les articles ci-dessus visés (7) ; ...etc`»

Ajoutons cependant que si les tribunaux validaient ces amendes en les assimilant à des clauses pénales, ils exigeraient néanmoins que le patron justifiât du bien-fondé de leur application et que l'employé fût à même de fournir ses explications, et ils se réservaient le droit d'interpréter le contrat et d'examiner si l'on était bien en présence d'un cas devant donner lieu à l'infliction d'une amende. Un jugement du Tribunal de la Seine du 9 juin 1905 (8) a très nettement fixé les pouvoirs du juge à cet égard : « Att. que, est-il dit, si les conventions librement formées constituent la loi des parties, et si, par application de ce principe, les règlements qui régissent les rapports des directeurs et des artistes doivent recevoir leur exécution, alors qu'ils ont été consentis librement, il appartient aux tribunaux, seuls juges, aux termes de la loi, des contestations qui peuvent s'élever sur l'interprétation et l'application de ces règlements de dire comment et dans quelle mesure les directeurs ont le droit d'infliger des amendes à leurs artistes ; que reconnaître aux directeurs le droit d'infliger, sans motifs, à leur gré, des amendes à leurs artistes, serait consacrer l'arbitraire le plus révoltant ; que les juges ont le droit d'apprécier les motifs invoqués par les directeurs pour fixer les amendes par eux infligées etc... »

§ LXI

Malgré ces tempéraments, il y avait en pratique de si nom-

(7) Voir également Toulouse 6 juin 1904. S. 1905.2.63. Avesenq c. Lévy et Alexandre qui déclare notamment : « att. que cette clause n'a rien d'illicite, qu'elle constitue à la fois, au regard du patron, un mode d'indemnité pour le temps perdu par l'employé et un moyen d'assurer le bon ordre dans son établissement ; qu'on peut l'assimiler à une clause pénale etc (il s'agissait d'une amende pour retard).

(8) Trib. Seine 9 juin 1905. S. 1906.2.252 Dame Brissaud dite Silviani c. Directeur du Concert Européen ; Demogue, p. 481.

breux et si révoltants abus que certains auteurs n'admettaient pas la validité des amendes, quand elles étaient injustes ou trop exagérées. Mais cette opinion, si elle était conforme à l'équité et à l'humanité, ne reposait peut-être pas sur des arguments juridiques très solides. Une mesure législative s'imposait de toute nécessité. Tard elle est venue ; mais elle met fin à presque tous ces abus. C'est la loi du 5 avril 1932 modifiant les articles 22a et 22b du livre I du code du Travail. Cette loi ne supprime pas complètement les amendes des règlements d'atelier, mais elle en limite très étroitement le champ d'application et d'autre part, sanctionnant une jurisprudence constante et parfaitement justifiée, elle exige pour que le règlement d'atelier soit opposable aux ouvriers et employés des conditions très strictes de publicité. L'article 22a L. I. c. Tr. (loi du 5 fév. 1932) porte en effet : « Dans les établissements où existe un règlement intérieur, ce règlement doit être affiché dans les lieux où le travail est effectué ainsi que dans les locaux où se fait l'embauchage.

« Tout règlement intérieur et toute modification à un pareil règlement devra, en outre, faire l'objet d'un dépôt au secrétariat du conseil de prud'hommes de la situation de l'établissement où le travail est exécuté. A défaut de conseil de prud'hommes, le dépôt sera au greffe de la justice de Paix ».

Ainsi se trouve précisée dans un texte législatif cette condition de la connaissance du règlement d'atelier par ceux qu'il doit régir. En ce qui concerne le régime même des amendes, la loi (art. 22b) commence par édicter une prohibition d'ordre général : « Il est interdit à tout employeur de sanctionner par des amendes les manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur. Dans les établissements où un régime d'amendes existerait au moment de la promulgation de la présente loi, les employeurs devront le supprimer dans les six mois ».

Jusqu'ici, il semble que le législateur ait voulu interdire to-

talement les amendes. Il n'en est rien cependant. On a pensé qu'elles étaient nécessaires pour maintenir l'ordre et la discipline dans les usines et tous autres établissements industriels et commerciaux. Ce que l'on a voulu éviter, c'est l'abus que les patrons ont fait de ces amendes qu'ils percevaient à leur profit. C'est pourquoi la loi a ajouté : « Toutefois le maintien d'un tel régime, lorsque la demande en sera faite dans les trois mois qui suivront la dite promulgation ou son introduction dans les établissements créés pourra être autorisé par l'inspecteur divisionnaire du travail. Celui-ci devra statuer dans les trois mois de la réception de la demande, après consultations des organisations patronales ou ouvrières de la profession et de la région, qui devront elles-même donner leur avis dans le délai d'un mois. L'autorisation devra, dans tous les cas, être subordonnée aux conditions ci-après :

« Les amendes ne pourront être prévues que pour des manquements à la discipline et aux prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs.

« Leur taux devra être fixé par un règlement intérieur régulièrement établi ;

« Le total des amendes infligées dans la même journée ne pourra excéder le quart du salaire journalier ;

« Le produit des amendes sera versé dans une caisse de secours au profit du personnel.

« Toutes stipulations contraires aux dispositions qui précèdent sont nulles et de nul effet ;

« Les amendes infligées seront mentionnées sur un registre spécial avec indication de leur affectation. Ce registre sera tenu constamment à la disposition des inspecteurs du travail ;

« L'autorisation est de droit lorsque les amendes visent exclusivement l'inobservation des prescriptions légales et réglementaires relatives à l'hygiène et à la sécurité des travail-

leurs et lorsqu'il est satisfait par ailleurs aux autres conditions auxquelles l'autorisation est subordonnée ».

La loi ne s'est pas contentée de sanctionner toutes ces prescriptions seulement sur le terrain du droit civil en déclarant nulles et de nul effet les conventions qui y contreviendraient ; elle a pensé que beaucoup de patrons passeraient outre à la volonté du législateur et que beaucoup d'employés préféreraient continuer à subir des amendes abusives plutôt que de perdre leur place. C'est pourquoi, elle a établi des sanctions pénales comme elle le fait de plus en plus à l'heure actuelle (1) ; l'article 105, livre I du code du Travail (loi du 5 février 1932) déclare en effet : « Toute infraction à l'alinéa 1er de l'article 22b sera passible d'une amende de 50 à 100 francs ; l'amende sera appliquée autant de fois qu'il y aura d'ouvriers pénalisés. En cas de récidive, l'amende sera de 100 à 300 francs.

« Toute infraction aux autres alinéas de l'article 22b ainsi qu'aux articles 75, 76 et 77 sera passible d'une amende de 50 à 2000 francs qui pourra être portée à 5000 francs en cas de récidive ».

Le législateur est allé plus loin encore. Ce ne sont pas seulement les tribunaux répressifs qui auront à veiller sur l'application de la loi, mais aussi l'autorité administrative. L'article 107 livre I du code du Travail (loi du 5 février 1932 - loi du 11 mars 1932) porte : « Les inspecteurs du travail sont chargés, concurremment avec les officiers de police judiciaire, d'assurer l'exécution de..... et, en ce qui concerne le commerce et l'industrie, des articles 22a, 22b du présent livre ».

Notons en outre que les divers syndicats ouvriers veillent jalousement à l'observation de ces diverses dispositions législatives.

(1) Voir notamment la loi du 7 février 1924 sur l'abandon de famille qui sanctionne l'obligation civile de fournir des aliments à certaines catégories de personnes par des peines d'amendes et de prison ; cf Ripert, La règle morale dans les Obligations.

Cette loi du 5 février 1932 qui règlemente si minutieusement les amendes dans les usines et les magasins a-t-elle donné satisfaction au monde ouvrier ? Il ne le semble pas. Les travailleurs trouveront toujours inique qu'une portion de leur salaire puisse être distraite même au profit de leur propre caisse de secours et les partis politiques auxquels ils donnent le plus volontiers leur adhésion préconisent la suppression complète des amendes (2).

Faut-il en arriver là ? Beaucoup d'excellents esprits pensent que ce serait contraire à l'intérêt de l'ouvrier lui-même ; car le patron qui ne pourrait punir légèrement un ouvrier en faute aurait tendance à le renvoyer. M. Colson disait qu'« un contrat de travail sans amendes est un code pénal où l'on n'a laissé subsister que la peine de mort ».

Le problème est délicat. Il est certes indispensable que la discipline de l'usine et de l'atelier soit respectée, mais il serait hautement désirable que l'on trouvât un autre moyen que l'amende pour ce faire. Et en attendant qu'un législateur inventif édicte un texte qui donne satisfaction à tout le monde il nous paraît que l'on pourrait réduire le maximum du total des amendes infligées dans la même journée non au quart du salaire journalier comme le veut la loi du 15 février 1932, mais au dixième de ce salaire, par analogie avec les lois qui ont limité au dixième la portion du salaire que l'on peut saisir ou céder. Une telle mesure nous semble largement suffisante pour permettre au patron de maintenir l'ordre dans son établissement ; et pour les ouvriers, la menace de voir leur salaire diminué du dixième sera assez sérieuse sans toutefois réduire d'une façon inhumaine leur minimum d'existence.

(2) Un manifeste du parti socialiste, publié dans le « Populaire » du 12 septembre 1932 et le « Temps » du 13 même mois, dans sa rubrique intitulée : « Pour la protection des Travailleurs », réclame, entre autres choses : « Participation du personnel à l'élaboration des règlements d'atelier et de toutes les entreprises industrielles et commerciales. Interdiction de frapper leurs ouvriers d'amendes ou de retenues ».

CHAPITRE VII

LA CLAUSE PENALE EN DROIT ADMINISTRATIF

Les différentes sanctions du droit administratif.

Caractères des « pénalités » administratives.

**Cas d'exonération (exécution partielle ; force majeure ;
imprévision et faute de l'administration)**

§ LXII

Les principes et les dispositions posés par les articles 1152 et 1226-1233 du code civil reçoivent leur normale application dans les contestations qui divisent les particuliers ; c'est pour ces derniers qu'ils ont été énoncés ; mais leur valeur et leur utilité débordent le cadre étroit des litiges civils. C'est pourquoi nous voyons le droit administratif, pourtant autonome, faire siens ces principes et appliquer, pour trancher les difficultés soulevées à l'occasion de contrats passés par l'Administration avec ses fournisseurs et entrepreneurs, les mêmes règles que ceux qui régissent les différends d'ordre privé.

Rien d'étonnant à cet état de choses ; nous avons déjà vu que dans la Grèce ancienne, les mêmes solutions étaient données, en matière de clause pénale, que le procès eût lieu entre simples citoyens ou entre citoyens et personnes du droit public. Pour ce qui est des temps présents, le droit administratif ne possédant pas de textes spéciaux sur la matière, se trouvait parfaitement libre de choisir les principes qui lui paraîtraient le plus utiles à la bonne marche des services pu-

blics et le plus conforme à l'équité. Il est significatif qu'il ait puisé dans le code civil ce dont il avait besoin ; ce qui prouve bien, une fois de plus, que malgré ses lacunes et ses insuffisances, ce code renferme en lui des principes, résultat de la réflexion et de l'expérience des siècles, ayant une valeur universelle et, pourrait-on dire, d'éternité.

Il est à noter cependant que ce n'est que peu à peu au cours du siècle passé, que la jurisprudence du Conseil d'Etat et la pratique administrative ont assimilé ces règles du droit civil ; et il faut se garder de croire que l'identité se trouve complète à l'heure actuelle dans leur double application. Si les moyens sont les mêmes, les fins poursuivies par le droit administratif diffèrent de celles auxquelles tendent les particuliers. L'idée du service public, le principe essentiel de la continuité et de la ponctualité du service public, domine ici toute la matière ; c'est pourquoi nous verrons se montrer quelque divergence dans l'application des règles de la clause pénale, notamment en cas d'exécution partielle de l'obligation principale. D'autre part, étant de par son origine prétorienne et coutumière, plus souple que le droit civil, le droit administratif pourra plus aisément faire fléchir la rigueur des principes et admettre des solutions qui, si elles portent atteinte à la belle ordonnance de l'institution, ne laisse pas cependant d'être souvent plus équitables et plus conformes aux nécessités administratives.

C'est surtout dans les marchés de travaux publics et dans les marchés de fournitures que l'on fait usage des clauses pénales. Elles prennent dans les cahiers des charges des Administrations le nom de pénalités. Il s'agit, pour celles-ci, d'assurer, comme nous l'avons dit, le bon ordre, la continuité et la ponctualité du service public ; et il va de soi que cela dépend en bonne partie de l'exactitude que les fournisseurs et les entrepreneurs mettront à exécuter leurs obligations vis à vis d'elles. Il est vrai de dire que les Administrations ont

d'autres moyens que les pénalités de faire respecter les engagements que l'on prend envers elles (1). Elles peuvent, dans certains cas, demander après mise en demeure la résiliation du marché ; elles se reconnaissent le droit de passer un nouveau marché avec un autre fournisseur (marché d'urgence) en faisant payer la différence de prix au premier, ou en matière de travaux publics, d'instituer un régisseur agissant aux risques et périls de l'entrepreneur..

Les articles 430 à 433 du code pénal prévoient, d'autre part, des peines rigoureuses contre les fournisseurs des Ministères de la Guerre et de la Marine coupables de négligence grave ou de fraude. Mais, ces sanctions, si dures à certains égards, ne sont pas toujours les meilleures (2), et comme dit M. Bosc « la pratique des faits laisse apparaître que les mesures les plus rigoureuses dans leurs dispositions sont très loin d'être toujours les plus efficaces dans leurs résultats » (3).

§ LXIII

L'utilité des pénalités se révèle ici, comme en droit civil, dans ce fait que l'Administration, en présence d'un manquement de son co-contractant, n'a pas à justifier du préjudice qu'elle a subi, ni du montant de ce préjudice ; une jurisprudence constante s'est prononcée dans ce sens. Dans un arrêt Schneider (1), le Conseil d'Etat déclare notamment : « Considérant qu'en raison de leur caractère propre, et ainsi d'ailleurs que le rappelle expressément l'article 37 des clauses et conditions générales, les clauses pénales stipulées dans le

(1) Bosc, de la nature et du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures, Rev. de dr. publ. 1921. p. 217.

(2) Les articles précités du code pénal n'ont presque jamais été appliqués.

(3) Bosc, p. 216.

(1) Cons. d'Et., 3 juillet 1912, deux arrêts, D. P. 1916.3.3,2e (Schneider) et 3e (Société Métallurgique de Montbard-Aulnoye) espèces.

contrat sont applicables sans que la partie qui en réclame le bénéfice ait à justifier de l'existence d'un préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation pour laquelle le contrat a prévu une sanction de cette nature ; « Dans un arrêt *Cie des Scieries Africaines* postérieur (2) le Conseil d'Etat, reprenant suivant son habitude les mêmes termes, y ajoute une nouvelle nuance qui n'est pas sans intérêt : « Considérant, est-il dit, que les clauses pénales stipulées dans le contrat sont, à raison de leur caractère propre, applicables sans que la partie contractante qui en réclame le bénéfice ait à justifier de l'existence d'un préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation pour laquelle le contrat a prévu une sanction de cette nature, **et sans qu'il y ait lieu de rechercher les motifs pour lesquels les stipulations de délais ont été insérés au marché** ».

L'entrepreneur ou le fournisseur ne pourra pas soutenir à plus forte raison que la pénalité excède le dommage subi (3).

La nature des pénalités administratives est aussi complexe que celle de la clause pénale du droit civil. En principe, elles ne sont qu'une fixation anticipée des dommages-intérêts. Mais en fait, et c'est là leur grand intérêt en droit administratif, elles jouent le rôle de menace et de peine (4). Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas d'abus de ce côté. Les Administrations se sont arrogées le droit de réduire elles-mêmes ces pénalités et quelquefois d'en faire abandon complet. La plupart du temps d'ailleurs lorsqu'un fournisseur ou un entrepreneur saisit le Conseil d'Etat d'une demande en décharge de pénalités, il a déjà obtenu une remise partielle de celle-ci (5).

(2) Cons. d'Et, 9 mars 1928, D. P. 1930.3.13, avec les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Latournerie.

(3) Cons. d'Et. 20 janv. 1853, cité dans D. P. 1916.3.3.

(4) Bosc, p. 221.

(5) Voir notamment arrêt des *Scieries Africaines*.

Cette pratique illégale soulève sans cesse des protestations de la part de la Cour des Comptes ; mais le Conseil d'Etat, sans en approuver l'usage, ne se reconnaît pas le droit de critiquer sur ce point l'Administration (6). Il y a plus ; « L'Administration a une tendance marquée à se réserver dans la rédaction des cahiers des charges la faculté d'appliquer les pénalités (substitution du mot *pourra* au mot *devra* dans cahier des charges des Postes et Télégraphes, dans certains cahiers des charges des Régions libérées) (7).

Cette tendance, si elle s'affirmait davantage et se généralisait, nous ramènerait à la conception de la clause pénale comminatoire de l'Ancien Droit. Elle aboutirait à des abus et à des interventions politiciennes qui iraient à l'encontre du but poursuivi. Les critiques qu'elle soulève amèneront peut-être l'Administration à y renoncer.

Les pénalités, avons-nous dit, sont prévues pour le cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard dans l'exécution des obligations contractées par l'entrepreneur ou le fournisseur. Autrement dit il faut qu'il y ait une faute de la part du co-contractant de l'Administration. Pour faire constater cette faute, il faut en droit civil une mise en demeure. Le droit administratif n'a pas entendu déroger à cette règle ; lui aussi, il applique les articles 1139 et 1230 c. civ. Ainsi il a été décidé « que lorsqu'aucune disposition du cahier des charges n'affranchit la commune de l'obligation d'adresser à l'entrepreneur une mise en demeure conformément au droit commun, elle ne peut lui appliquer sans mise en demeure, une clause pénale stipulée pour le cas de retard dans l'exécution des travaux » (8).

Du reste, la règle de la nécessité d'une mise en demeure par l'Administration pour faire encourir la pénalité est re-

(6) Voir les développements très intéressants de Bosc, pp. 221 et ssq.

(7) Bosc, p. 244 et la note.

(8) Du 17 janv. 1902. D. P. 1905.5.749 (Ville d'Alger c. Héritiers Féraud.

produite dans les cahiers des clauses générales applicables aux marchés de l'Etat. Toutefois les parties peuvent convenir que « le fournisseur est constitué en demeure par la seule échéance du terme et sans qu'il soit besoin d'acte préalable » (9).

§ LXIV

Y a-t-il des circonstances qui donnent droit au fournisseur ou à l'entrepreneur d'être exonéré partiellement ou totalement du paiement de la pénalité ? Il y a lieu d'examiner tour à tour les cas d'exécution partielle, de force majeure, d'imprévision et de faute de l'Administration.

L'on sait que l'article 1931 du code civil donne au juge la faculté de réduire la peine, en cas d'exécution partielle de l'obligation principale de la part du débiteur, lorsque toutefois le créancier ne s'est point opposé à cette exécution partielle ainsi que les articles 1220 et 1224 lui en donnaient le droit. Cette règle ne reçoit pas d'application en matière administrative ; les nécessités des services publics s'opposent à ce qu'on tolère un manquement même partiel de la part des co-contractants de l'Administration. Un arrêt du Conseil d'Etat a très nettement spécifié qu'« une livraison partielle est presque aussi incompatible avec la bonne marche des services publics que l'absence totale de livraison. » (1) Le droit administratif se montre ici, contrairement à son habitude plus rigoureux que le droit civil ; mais ainsi que nous le rappelions plus haut, il ne faut pas perdre de vue que tout est subordonné au principe de la ponctualité et de la continuité du service public.

La force majeure est-elle applicable à la matière des péna-

(9) Cons. d'Et. 3 juillet 1912. D. P. 1916.3.3., 1ère espèce (Société Métallurgique de l'Ariège).

(1) Cons. d'Et. 19 janv. 1917 (Delauney-Belleville) Rec., p. 72 ; Bosc, p. 229.

lités ? Pendant toute la première moitié du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat a refusé de la considérer comme une excuse et une cause d'exonération. Ce n'est que depuis un arrêt **Sensine**, rendu en 1858 (2) que sa jurisprudence a paru s'adoucir et admettre qu'il peut y avoir des circonstances qui rendent excusable un retard ou une inexécution. Aujourd'hui l'applicabilité de cette théorie à notre matière ne fait plus de doute. Une jurisprudence constante a consacré, en droit administratif, les règles du droit commun des articles 1147 et 1148 c. civ. (3).

La seule question qui se pose à l'heure actuelle est celle de savoir quels sont les événements que l'on peut regarder comme des cas de force majeure. Nous ne trouverons, à la vérité, aucune règle fixe ni aucune liste précise de ces cas ; le Conseil d'Etat ne considère pas les événements d'une façon purement objective ; en présence d'un événement que l'on invoque comme un cas de force majeure, il demande s'il a bien constitué, dans l'espèce donnée, un obstacle imprévisible et insurmontable. Ainsi, par exemple, une grève ou l'état de guerre seront tour à tour considérés comme des causes d'exonération, ou comme des excuses insuffisantes (4).

Mais si le Conseil d'Etat admet désormais d'une façon indiscutable que la force majeure constitue une cause d'exoné-

(2) Cons. d'Et. 18 mars 1858, Rec. p. 224, Bosc, p. 22.

(3) Voir notamment Cons. d'Et. 3 juil. 1912. D. P. 1916.3.3, 2^e, 3^e espèces (déjà citées). - Voir également les conclusions également citées plus haut de M. le Commissaire du Gouvernement Latournerie, dans l'arrêt des Scieries Africaines.

(4) Le Cons. d'Et. n'admet pas facilement qu'une circonstance donnée puisse être qualifiée de force majeure. Ainsi il a refusé ce caractère à un accident de coulée, dû à un entrainement de sable, et survenu dans les ateliers d'un fournisseur de gouvernails (Cons. d'Et. 6 nov. 1912. D. P. 1916. 3.37., Soc. des Forges et Chantiers de la Méditerranée) : « Considérant, est-il dit, qu'alors même qu'il serait établi que toutes les précautions utiles avaient été prises en vue de la réussite de la coulée de cette pièce, l'accident précité ne saurait être considérée comme un cas de force majeure, mais comme constituant un risque de fabrication dont les conséquences sont à la charge des fournisseurs ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la pénalité de 1416 fr., afférente au retard apporté dans la livraison de la commande lui a été imposé en violation des termes du contrat, ni à réclamer la restitution de la somme ainsi retenue par la voie contentieuse.

ration de la pénalité, il n'en est pas de même de cette circonstance spéciale que l'on appelle « l'imprévision ». Cette théorie, si riche de conséquences juridiques et que le droit administratif a élaborée à la suite surtout des bouleversements de la dernière guerre veut que les parties ne soient obligées de supporter les conséquences d'événements qu'elles ne pouvaient normalement prévoir, au moment de la conclusion du contrat. Donnant droit au co-contractant de l'Administration d'obtenir une indemnité et rendant le contrat plus équitable et son exécution plus aisée, elle lui permet de ne pas interrompre ses travaux ou ses fournitures et contribue ainsi à assurer la ponctualité et la continuité des services publics.

« Mais si l'on voulait appliquer cette théorie à la matière des pénalités, dit M. le Commissaire du Gouvernement Latournerie (5), on la dénaturerait et on irait à l'encontre du but que s'est proposé le droit administratif dans son élaboration ». Ces pénalités, en effet, sont établies pour assurer la bonne exécution des marchés. Or « il importe essentiellement à la continuité du service public sur laquelle influe directement l'exacte exécution des marchés de fournitures, que les clauses de ces marchés qui instituent des pénalités reçoivent leur exécution, même dans les circonstances les plus imprévisibles quand ces circonstances ne constituent pas des événements de force majeure »... « En d'autres termes, nous croyons que la théorie de l'imprévision doit rester strictement confinée dans le contentieux de l'indemnité et qu'elle ne peut empiéter sur le contentieux des demandes en décharge de pénalités sans sortir de son domaine propre, sans démentir ses origines et sans aller à l'encontre de ses seules fins.

« La théorie du fait du prince, n'étant pour partie qu'une des variantes de la théorie de l'imprévision doit recevoir les

(5) Cons. d'Et. arrêt précité.

mêmes limites et ne pas dépasser les bornes du contentieux de l'indemnité » (6).

Voilà indiquées de façon magistrale, les raisons pour lesquelles, consacrant par ses arrêts, les conclusions de M. le Commissaire Latournerie, le Conseil d'Etat refuse d'appliquer la théorie de l'imprévision à la matière des pénalités.

Les seules circonstances, en dehors de la force majeure, que le Conseil d'Etat retient comme justifiant au moins partiellement des manquements de la part des co-contractants de l'Administration, c'est le cas de faute de l'Administration. Encore convient-il, même dans ce cas, de faire une distinction entre la faute de l'Administration qui a entraîné une impossibilité totale d'exécution et celle qui sans constituer un empêchement irrémédiable, a néanmoins modifié l'équilibre du contrat. Dans le premier cas, aucun doute possible : le co-contractant est complètement libéré ; dans le second, il peut ou demander la résiliation ou réclamer une indemnité (7). Cette indemnité viendra en déduction des pénalités encourues (8).

Nous ne croyons pouvoir mieux clore ce chapitre sur la clause pénale en droit administratif qu'en reproduisant la conclusion de l'article si intéressant de M. Bosc sur le régime des pénalités dans les marchés de fournitures.

« De ces quelques observations, dit M. Bosc, on peut conclure que si, malgré leur nom, les pénalités sont, parmi les sanctions des défaillances des fournisseurs, celles qui apparaissent les moins rigoureuses, elles sont les plus utiles dans la pratique.

« Comme elles sont de simples dommages-intérêts forfaitaires, qu'elles se présentent le plus souvent sous la forme d'un pourcentage qui sera retenu sur le prix de la fourniture

(6) id.

(7) Voir les Conclusions précités de M. Latournerie.

(8) Voir notamment Cons. d'Et. 3 juillet 1912 (Soc. Métallurgique de Montbard-Aulnoye) D. P. 3.3.

en tenant compte du nombre de jours de retard, elles n'interrompent pas l'exécution du marché.

« Elles sont une sanction très souple et nuancée, une sanction qui va suivre dans le temps l'exécution du marché et agir comme un contrôle automatique.

« Mais il importe que les conditions de leur application soient mieux comprises par l'Administration, car les considérer comme de simples menaces auxquelles il est toujours possible de ne pas donner suite, c'est s'exposer à détruire l'économie du contrat, à fausser complètement le jeu de ce moyen de sanction et à perdre tous les avantages qu'il présente quand on en respecte l'esprit (9).

(9) Bosc, pp. 243 et ssq.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il convient, après un rapide retour sur l'histoire ancienne et récente de la clause pénale, d'essayer de conjecturer de quoi demain sera fait. Pur jeu de l'esprit, vaine anticipation ? Non ! le futur est déjà comme inclus dans le présent, ou pour reprendre une pensée célèbre, le présent (si lourd du passé en cette matière) est déjà gros de l'avenir. Les tendances qui se font jour dans la jurisprudence et la doctrine, et surtout la nouvelle direction dans laquelle paraît s'engager le législateur contemporain nous semblent à cet égard particulièrement révélatrices.

Nous avons rencontré la clause pénale aux époques les plus reculées de l'histoire du droit ; nous l'avons vue notamment à Rome, où son caractère particulièrement punitif s'adoucissait avec le temps ; une semblable évolution a eu lieu dans l'histoire du droit français où sous l'influence des canonistes, elle ne devint plus, pour ainsi dire, qu'un moyen de réparation.

A la fin de l'Ancien Droit, si elle joua un autre rôle, ce ne fut qu'indirectement et en tout cas bien faiblement. Nous avons vu en effet que le juge avait la faculté de réduire les peines qu'il estimait excessives, c'est à dire disproportionnées avec le dommage réellement subi : on ne visait donc à ce moment-là qu'à la simple réparation du préjudice. Telle semble bien avoir été d'une façon générale, en dehors des quelques réserves que nous avons faites plus haut, l'idée des rédacteurs du code civil quand dans l'article 1129 ils ont défini la clause pénale comme « la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ».

Mais par l'effet des conséquences logiques que l'on devait

nécessairement tirer de l'article 1152, le caractère de la clause pénale, dans la pratique, se trouva profondément modifié. De purement réparative, elle devint pénale ou si l'on préfère mixte ; elle tendit non seulement à la réparation du dommage, mais à la punition du débiteur défaillant ; c'est par la protection de cet article 1152, corollaire de l'article 1134, que la volonté privée put faire revivre le caractère pénal de notre institution car le juge ne pouvant plus modifier les sanctions conventionnelles, légalement instituées par les parties, ces dernières purent sans crainte prévoir à titre de dommages-intérêts des sommes dépassant le montant du préjudice réel.

Mais cette liberté octroyée à la volonté des parties par le législateur ne laisse pas de dégénérer souvent en abus. Le problème que posent ces abus dépasse la question de la clause pénale, laquelle n'en est qu'un aspect. peut-être le plus intéressant, il est vrai. Si d'une façon générale, le législateur moderne, en admettant, pour prendre un exemple entre cent, de nouvelles causes de rescision ou en instituant des cas de prorogation ou de revision des conventions, a été, en grande partie, responsable de ce que l'on a appelé à juste titre « la crise du contrat », il semble jusqu'ici qu'il ait été, en ce qui concerne la clause pénale, plus heureusement inspiré dans sa manière de limiter la liberté contractuelle.

Nous avons vu de quelles vives critiques la règle de la fixité est l'objet de la part de beaucoup d'auteurs, surtout étrangers comme Secrétan ; nous avons dit que ces critiques justifiées par les résultats auxquels aboutit souvent l'application stricte de l'article 1152 ne pouvaient cependant prévaloir contre les avantages incontestables de la fixité. Fallait-il, à l'exemple des législations étrangères, immoler cette règle si utile et si simple sur l'autel d'une équité qui n'aurait pas manqué elle aussi de dégénérer en abus ! Le législateur français s'est tiré fort élégamment de cette difficulté.

Par la loi du 5 avril 1932 modifiant certains articles du code du Travail, il a, tout en maintenant le principe de la liberté des conventions en ce qui concerne les amendes édictées dans les règlements d'atelier, assigné une limite étroite à ce principe, en fixant un maximum journalier aux amendes prévues à titre de sanctions contre les ouvriers qui contreviennent aux prescriptions des dits règlements.

De même, par la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, ce même législateur français, voulant en cette matière aussi remédier aux abus de l'article 1152 a dans certains cas précis substitué ce que nous pourrions appeler « des clauses pénales légales » ou même (pourquoi pas ?) des compositions légales aux dommages-intérêts conventionnelles. L'article 21 de cette loi est tout à fait significatif à cet égard.

Art. 21 ; - « Indépendamment des causes ordinaires de nullité et sous réserve des dispositions de l'article 81, ci-après, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre.

« Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages-intérêts ». (1)

Dans l'article 23 de cette même loi le législateur a fixé, de même que pour les amendes des règlements d'atelier, un maximum de peine.

art. 23 : - « Dans les assurances où la prime est comptée soit en raison des salaires, soit d'après le nombre des personnes ou des choses faisant l'objet du contrat, il peut être

(1) Ces dommages-intérêts dus en cas de nullité du contrat par la faute de l'une des parties ne sont pas sans rappeler ceux de l'article 1599 c. civ. concernant la vente de la chose d'autrui. Nous avons vu plus haut qu'une clause pénale pouvait être valablement insérée dans un contrat de vente déclarée nul comme ayant été fait à non domino.

stipulé que pour toute erreur ou omission dans les déclarations servant de base à la fixation de la prime, l'assuré devra payer outre le montant de la prime une indemnité qui ne pourra en aucun cas excéder 50 % de la prime omise... ».

Par ces quelques exemples choisis parmi les textes les plus récemment promulgués, les intentions et les procédés du législateur apparaissent en pleine lumière. L'Etat entend de plus en plus protéger une certaine catégorie de contractants qui lui semblent, à raison de leur situation économique, désarmés ou mal armés en face de co-contractants particulièrement puissants. Les abus du grand patronat et des compagnies d'assurances en matière de clause pénale l'ont incité déjà à faire voter des lois protectrices de la volonté des travailleurs et des assurés. Il est permis de penser que cette même protection sera étendue petit à petit à tous eux que la nécessité oblige à se soumettre à un « contrat d'adhésion ». Et l'extension de cette protection à tous les contrats où la volonté de l'une des parties ne peut donner qu'un fantôme de consentement nous paraît tout à fait souhaitable. Nous estimons que ce faisant le législateur s'est engagé dans une voie féconde et intelligemment conciliatrice ; il a su, sans sacrifier l'utilité, puisqu'il maintient la validité des peines conventionnelles, satisfaire à la justice et à l'équité en limitant étroitement le domaine et le taux de ces peines.

Des deux procédés employés jusqu'ici, compositions légales (art. 21 de la loi du 13 juillet 1930) ou fixation d'un taux maximum (art. 21 même loi et aussi loi du 5 avril 1932) le dernier nous semble préférable comme plus souple et plus conforme à l'esprit du droit moderne. Il n'en est pas moins intéressant de souligner en passant ce retour aux compositions légales d'autrefois, imposé au législateur contemporain par un état économique qui rappelle cependant aussi peu que possible celui des sociétés primitives.

Il y a lieu d'indiquer avant d'en finir que dans le projet de

code franco-italien des obligations, les rédacteurs ont l'air, dans un article 166 (correspondant à l'article 1229 c. civ.) de battre en brèche le principe de la fixité de la peine conventionnelle.

art. 166. - « La clause pénale constitue la réparation des dommages que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation.

« Le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée pour le simple retard ou à titre d'astreinte. **Le juge peut réduire l'astreinte lorsqu'elle lui paraît excessive...**

Il n'y a pas de doute que si ce texte est promulgué un jour, il ne porte une atteinte à la règle de l'article 1152 (qui est d'ailleurs purement et simplement reproduit dans l'article 101 du projet de code franco-italien des obligations). Mais cette atteinte ne sera que partielle, elle ne concerne que la clause pénale moratoire et encore à condition que les peines soient échelonnées sous forme d'astreinte. Cette disposition qui dans un domaine limité veut assimiler étroitement la clause pénale à une institution aussi moderne que l'astreinte n'est pas sans rappeler l'un des critères que Raymond de Penafort, ainsi que nous l'avons vu précédemment (2), avait proposé dans sa « Summa de Casibus » pour distinguer la clause pénale « in fraudem usurarum apposita » de celle qui ne l'était pas. Raymond de Penafort en effet déclarait frauduleuse la peine qui se présentait sous forme de prestations échelonnées « per singulos menses vel annos ». Nous savons que les usuriers, plus malins que notre canoniste, réussirent à éluder la difficulté en stipulant une peine globale et non des paiements échelonnés. Il nous paraît probable que la disposition finale de l'article 166 du projet de code franco-italien deviendra rapidement lettre morte pour les mêmes raisons. Les créanciers se garderont bien de stipu-

(2) Voir § 12.

ler des clauses pénales sous forme d'astreinte ; comme quoi, encore une fois, l'histoire n'est qu'un éternel recommencement. C'est pourquoi nous pensons quant à nous que cette disposition ne devrait pas être finalement adoptée, parce que portant atteinte au principe de l'article 1152 et parce que devant être rendue sans effet par les errements des praticiens qui n'auront pas à chercher longtemps pour se trouver des ancêtres. Les procédés employés pour limiter les abus du contrat de travail et du contrat d'assurance nous apparaissent comme les seuls légitimes et efficaces. Et c'est pourquoi le législateur devra toujours s'en inspirer toutes les fois qu'il voudra limiter sur un point déterminé la liberté qu'ont les parties d'instituer des peines privées.

F I N

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

- Aubry et Rau.** — Cours de Droit civil français, 5e édition (Rau, Falcimaigne et Gailt), Paris 1897-1907, T. IV.
- Baudry-Lacantinerie et Barde.** — Traité de droit civil, Des obligations, 3e édition, 4 vol. Paris 1906-1908.
- Beauchet.** — Droit privé de la République Athénienne, Paris 1897, Chevalier-Maresq. ed. T. 3 et 4.
- Beaumanoir.** — Coutumes du Beauvoisis, édition Beugnot, Paris 1843.
- Brissaud.** — Manuel d'histoire du droit.
Cours d'histoire générale du droit public et privé T. 2.
- Cuq.** — Manuel des Institutions juridiques des Romains Paris 1917.
Les Institutions Juridiques des Romains 2 vol.
- Demante et Colmet de Santerre.** — Cours analytique de code civil, Paris 1889 T. 5.
- Demogue.** — Traité des obligations en général II, Effets des obligations T. VI.
- Demolombe.** — Cours de code Napoléon T. 24. - Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général T. I., Paris 1869 - 1876.
- Duranton.** — Cours de droit français T. II.
- Fenet.** — Recueil complet des Travaux préparatoires du code civil, Paris 1827-1828 15 vol.
- Girard.** — Textes de droit romain.
- Girard et Senn.** — Manuel élémentaire de droit romain, 8e édition, Paris 1929.

- Glasson.** — Histoire du droit français et des Institutions de la France, Paris 1887 - 1903, Pichon ed. T. 3.
- Héfèle.** — Histoire des Conciles, traduit par Dom H. Leclerc, Paris 1910, t. III, 2.
- Huc.** — Commentaire Paris 1892 - 1903, t. VII.
- Larombière.** — Théorie et pratique des obligations t. IV Paris 1885.
- Laurent.** — Principe du droit civil français 1869 - 1877 t. XVII.
- Locre.** — Législation civile, commerciale et criminelle de la France 1827 - 1832 31 vol. t. XII.
- Martin (Olivier).** — Histoire de la Coutume de Paris.
- Maynz.** — Cours de droit romain.
- Monumenta Germaniae historica (Pertz : Leges).**
- Paniol et Ripert.** — Traité pratique de délit civil français t. VII, Obligations, 2e partie (avec le concours de MM. P. Esmein, J. Radouant, G. Gabolde) Paris 1931.
- Pothier.** — Obligations t. II édition Bugnet.
- Ripert (Georges).** — Droit maritime Paris 1930, Rousseau et Cie ed.
- Savigny (de).** — Le droit des obligations, traduction Gérardin et Jozon Paris 1863, t. 2.
- Thévenin.** — Textes relatifs aux Institutions privées et publiques aux époques mérovingiennes et carolingiennes t. I. Institutions privées Paris 1887 Picard ed.
- Toullier.** — Droit civil français expliqué suivant l'ordre du code civil Paris 1843.
- Vocabulaire Juridique.** — (publié sous la direction de M. Capitant).
-

II. — MONOGRAPHIES, THESES ET ARTICLES

- Bosc (André).** — De la nature et du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures, *Rev. de dr. public* 1921.
- Caillemer.** — Le contrat de louage en droit grec.
- Caillemer (R.).** — Origines et développement de l'exécution testamentaire (Epoque franque et Moyen-Age), thèse Lyon 1901.
- Debray (Louis).** — Pétrone et le droit privé romain, *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* 1919.
- Dumas (Auguste).** — Les origines romaines de l'article 1150 du code civil (études d'histoire juridique offertes à P. F. Girard) Paris 1913, t. 2.
- Durand (Paul-J).** — Les conventions d'irresponsabilité Thèse Paris 1931.
- Fliniaux.** — L'évolution de la conception de la clause pénale chez les canonistes au Moyen-Age, *Mélanges Fournier* 1929.
- Hugueney (Louis).** — L'idée de peine privée en droit contemporain Thèse Dijon 1904.
- Lecrivain.** — Peine et stipulation du double et de l'hémion en droit grec.
- Lefèvre.** — Le traité « de usura » de Robert de Courçon texte et traduction avec une introduction Lille 1902 publié dans les travaux et mémoires de l'Université de Lille t. 10, mémoire n° 30
- Mauler.** — De la nature de la clause pénale thèse Berne 1898
- Ripert.** — Les limites de la liberté contractuelle, cours de doctorat 1929-30.
La règle morale dans les obligations civiles.
- Robineau.** — De la clause pénale dans les actes à titre gratuit thèse Paris 1896.

Saleilles. — Le code civil et la méthode historique, Code Civil, Livre du Centenaire.

Saleilles (R.). — Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand.

Secrétan (Roger). — Etude sur la clause pénale en droit suisse thèse Lausanne 1917.

Tissier (Albert). — Le code civil et les classes ouvrières Code Civil, Livre du Centenaire publié par la société d'études législatives T. I.

Thoureau. — De la clause pénale dans les obligations en droit romain et en droit français. Thèse Paris 1883.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

Considérations générales. - Plan de l'ouvrage.	
Terminologie	7

PREMIERE PARTIE

LA CLAUSE PENALE DANS L'HISTOIRE

Châpitre Premier. — Coup d'œil sur la Grèce ancienne	
Le droit grec, ses difficultés, ses limites. - Origines, nature et caractères de la clause pénale.	
Applications	17
Châpitre II. — Le droit romain.	
Les deux formes de la « stipulatio poenae ». - Son rôle et ses différentes applications dans l'évolution du droit romain. - Ses effets	24
Châpitre III. — L'Epoque franque.	
Renaissance des compositions pécuniaires. - Usage quasi universel de la clause pénale	33
Châpitre IV. — La part des canonistes.	
Petit aperçu historique de la prohibition du prêt à intérêt. - Usage de la clause pénale pour tourner cette prohibition. - Nouvelles interdictions et distinctions des	

canonistes. - Elaboration de la théorie de l'intéresse
dans ses rapports avec la clause pénale 37

Chapitre V. — Le droit séculier jusqu'à la fin de l'ancien régime.

Beaumanoir. - Nature de la clause pénale chez Pothier.
Ses effets. - Cas d'ouverture de la peine. - Obligations
divisibles et indivisibles 45

DEUXIEME PARTIE

LE DROIT MODERNE

Chapitre Premier. — Les travaux préparatoires et la composition du code civil.

Conception des rédacteurs du code et droit anglais. - Innovations. - Place dans la composition du code civil des textes concernant la clause pénale..... 57

Chapitre II. — Théorie de la clause pénale.

Constructions abstraites des auteurs suisses Mauler et Secrétan. - Différentes opinions de la doctrine française. - De la clause pénale dans les actes à titre gratuit.
Conclusion 65

Chapitre III. — Forme et objet de la clause pénale.

Diversité des formes de la clause pénale. - Variété de son objet 79

Chapitre IV. — Analyses parallèles.

Section I. - Des obligations conditionnelles - alternatives - facultatives, et des novations conditionnelles 84
Section II. - De quelques obligations accessoires - de

l'arrhe et du dédit - du contrat d'assurance - des conventions d'irresponsabilité - et de l'astreinte. . . . 91

Chapitre V. — Effets de la clause pénale.

Section I. - Ouverture de la peine : mise en demeure, faute du débiteur et causes d'exonération. - Utilité de la clause pénale. - Persistance des effets de l'obligation principale : exécution en nature et droit de résolution	103
Section II. - Règle du non-cumul en droit comparé. - La jurisprudence française. - Clause pénale et transaction	110
Section III. - Subordination de l'obligation à l'obligation principale. - Jurisprudence : Promesse de mariage. Actes à titre gratuit. - Nullité de l'obligation pénale. Exceptions à l'article 1227	119
Section IV. - Pour ou contre la règle de la fixité : droit suisse et droit français. - Exceptions : exécution partielle. - Dol. Clause pénale adjointe à une somme ^e d'argent	132
Section V. - Divisibilité et indivisibilité : insuffisance des solutions du code civil. - Divisibilité et indivisibilité de l'obligation pénale. - Recours des co-débiteurs entre eux. - Contravention du débiteur envers un des créanciers	141

Chapitre VI. — Le contrat de travail.

Section I. - Le code civil et la loi du 27 décembre 1890 sur la rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée. - Interprétation de la loi. - Loi du 19 juillet 1928	151
Section II. - La Jurisprudence de la Cour de Cassation concernant les amendes des règlements d'atelier. - Loi du 5 avril 1932	163

Chapitre VII. - La clause pénale en droit administratif

Les différentes sanctions du droit administratif. - Caractères des pénalités administratives. - Cas d'exonération (exécution partielle ; force majeure ; imprévision et faute de l'Administration) 171

Conclusion 181

Vu le Président
M. RIPERT

Vu le Doyen
M. ALLIX

Vu
et permis d'imprimer
Le Recteur
de l'Académie de Paris
M. CHARLETY

Achevé d'imprimer sur les
Presses de l'Imprimerie de
de Tunis le 12 Novem. 1935

